

CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL

Maestría en Magistratura y Derecho Judicial

Departamento de Derecho Judicial

Tesis de derecho aplicado para acceder al título de
Magíster en Magistratura y Derecho Judicial
Caso V “Claudio y Mariela”
Cuestión de género y desarrollo humano como criterios
funcionales de decisión judicial

José Ignacio Agostini

41

THOMSON REUTERS
LA LEY

UNIVERSIDAD
AUSTRAL
DERECHO



Autoridades de la Universidad

Mag. Julián Rodríguez
Rector

Dr. Ricardo Crespo
Vicerrector de Asuntos Académicos

Mag. Luis García Ghezzi
Secretario General

Dr. Domingo Tarzia
Vicerrector de Investigación

Esp. María Susana Urrutia
Vicerrectora de Alumnos y Extensión

Dr. Luciano Elizalde
Dra. Viginia Sarriá Allende
Consejeros

Autoridades de la Facultad de Derecho

Mag. Manuel García-Mansilla
Decano

Dr. Sebastián Balbín
Vicedecano

Dr. Andrés Sánchez Herrero
Secretario Académico

Abog. María de la Paz Miatello
Directora de Estudios

Dra. Miriam Ivanega
Mag. Celina Cantú
Consejeras

Autoridades del Departamento de Derecho Judicial

Dr. Rodolfo Vigo
Director del Departamento de Derecho Judicial

Mag. María Gattinoni de Mujía
Directora Ejecutiva del Departamento de Derecho Judicial

Mag. Gustavo Sa Zeichen
Coordinador Académico del Departamento de Derecho Judicial

**Miembros del Consejo Académico y Consejo Editorial
de la Colección Cuadernos de Derecho Judicial**

Rodolfo Vigo
María Gattinoni
Néstor Sagüés
Jorge Jiménez Martín
Carlos Alberto Andreucci
María Lilia Díaz Cordero

MAESTRÍA EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL

José Ignacio Agostini

Director: Dr. Alfonso Santiago (h.)

TESIS DE DERECHO APLICADO PARA ACCEDER AL TÍTULO DE
MAGÍSTER EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL
CASO V “CLAUDIO Y MARIELA”
CUESTIÓN DE GÉNERO Y DESARROLLO HUMANO COMO CRITERIOS
FUNCIONALES DE DECISIÓN JUDICIAL



UNIVERSIDAD
AUSTRAL | DERECHO

THOMSON REUTERS

LA LEY

Agostini, José Ignacio

Cuestión de género y desarrollo humano como criterios funcionales de decisión judicial / José Ignacio Agostini. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley ; Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Universidad Austral, 2022.

Libro digital, PDF - (Cuadernillos de derecho judicial ; 41)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-03-4444-5

1. Derecho. I. Título.

CDD 340.1

© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2022
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

ISBN 978-987-03-4444-5

BIOGRAFÍA PROFESIONAL Y ACADÉMICA

José Ignacio Agostini nació en la ciudad de Rosario. Obtuvo el grado de abogado de la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Es Profesor en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano y Magíster en Magistratura y Derecho Judicial por la Universidad Austral. Es maestrando de la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales de la Universidad Austral y doctorando en Derecho por la UNR. Actualmente es Docente de grado en la asignatura Relaciones Laborales y Seguridad Social (UNR) e investigador sobre Trabajo y Género, específicamente sobre la Mujer Trabajadora, en la Universidad de San Isidro “Dr. Plácido Marín” y en la UNR. Se han publicado varias producciones académicas propias suyas y en colaboración sobre derecho del trabajo con perspectiva de género.

PRÓLOGO

CUESTIÓN DE GÉNERO Y DESARROLLO HUMANO COMO CRITERIOS FUNCIONALES DE DECISIÓN JUDICIAL

La presentación de la tesis realizada por el Mg. José Agostini constituye para mí un doble motivo de orgullo que, como todo rasgo de vanidad, es de carácter personal.

En primer lugar, por la satisfacción de haber participado en el juzgamiento del texto en el marco de la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial, cuyo resultado de excelencia guarda plena justicia. En segundo término, por cuanto su autor se adentró en un tema actual del que, más allá de la abundante literatura existente, supo extraer una línea de reflexión novedosa y profunda.

A partir de un caso elaborado como matriz inicial, la propuesta investiga uno de los supuestos de discriminación por razones de género conocido como “techo de cristal”, esto es, el impedimento fáctico que obstruye la carrera profesional de la trabajadora en el curso de su vida activa. Una limitación que, como bien lo indica su denominación común, es poco visible, aspecto que requiere del empleo de un arsenal indiciario para llevarlo “a la luz” del Derecho y decidir en consecuencia. A lo mencionado cabe agregar la incorporación de la problemática atinente a la “conciliación de la vida familiar y laboral” que ha sido traída a escena en dichas reflexiones.

Todo esto, que atañe a la resolución de la controversia, ha sido llevado con pulso firme por Agostini y no voy a detenerme aquí en su análisis. Se podrá apreciar, a lo largo de las páginas que siguen, la riqueza del proceso hermenéutico y decisorio de primera mano.

Me ocuparé en cambio, en dos aspectos de suma relevancia que se encuentran conjugados en las respuestas brindadas por el autor al marco teórico del problema: el mandato sobre “desarrollo humano” y la garantía atinente a la “dignidad humana”, ambos presentes en nuestra Constitución Nacional.

La fórmula del art. 75.19 CN es vista con algún recelo desde el campo jurídico, especialmente laboral. Y en esto tiene mucho que ver la complejidad de su texto (“Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico

y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”), que la hace aparecer más como un programa de gobierno que como un conjunto de reglas operativas de fuente superior.

Sin embargo, Agostini rescata que el postulado tiene una funcionalidad inmediata a la luz del nuevo constitucionalismo (“El desarrollo humano deviene de las doctrinas sociales y se constituye en unos de los objetivos del ECD”) y lo erige como “sintagma orientador”, esto es, como una unidad conceptual de coordinación de políticas públicas que alcanzan también a la cuestión de género.

En este sendero de apreciación, al conectarse dicha acepción con el conocido respeto de la dignidad en el trabajo del art. 14 bis (“condiciones dignas y equitativas de labor”), la tarea armonizadora rápidamente se vincula con la igualdad y la no discriminación desde esa órbita preliminar. Lo digno, entonces, no resulta para la trabajadora un valor solamente reivindicado ante agresiones estáticas de condición, sino que se expresa de forma dinámica, impulsado por la axiología común y a la vez particular que impregna esta visión del desarrollo.

La tesis contiene una revisión de las múltiples fuentes que se comunican en el tema a diversos niveles, nacionales e internacionales del ordenamiento. A pesar de ello, no he querido aludir a tales referencias, ante la necesidad de resaltar uno de los hallazgos significativos del trabajo, consistente en la solución de un asunto de obturación profesional para la carrera de la mujer, considerado desde la óptica del crecimiento personal en comunidad, con base en las palabras de nuestra Ley Suprema. En otras palabras, intento destacar el reconocimiento de un sistema constitucional coherente y con suficiente identidad para responder a las expectativas depositadas en él respecto de esta casuística.

Por último, de la bibliografía visitada en el trabajo, se destaca en esta perspectiva la influencia de autores como Rodolfo Vigo y Alfonso Santiago (h). Las recientes publicaciones de ambos (Vigo: “La reconciliación del Derecho con la razón y las emociones”, Palestra, 2022; Santiago (h): “La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional”, Ábaco, 2022), ratifican la densidad del camino aquí emprendido.

Luego de esta breve introducción, espero que los lectores constaten por sí mismos los frutos de la tarea llevada adelante por el Mg. José Agostini, y puedan extraer, como en mi caso, valiosas reflexiones en torno al modo decisorio judicial de una temática que, por ser actual y reiterada, no deja de ofrecer nuevos enfoques como el presente.

Dr. Leonardo J. Ambesi⁽¹⁾

(1) Director Departamento de Derecho del Trabajo Facultad de Derecho – Universidad Austral

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
Biografía profesional y académica	V
Prólogo. Cuestión de género y desarrollo humano como criterios funcionales de decisión judicial	VII

INTRODUCCIÓN

.....	5
-------	---

CAPÍTULO 1

CASO JURÍDICO ELEGIDO PARA ANALIZAR CON LAS HERRAMIENTAS OBTENIDAS EN LA CURSADA:

CASO V “CLAUDIO Y MARIELA”

.....	7
-------	---

CAPÍTULO 2

PROPUESTA DE DECISIÓN JUDICIAL PARA EL CASO “CLAUDIO Y MARIELA”

.....	9
-------	---

CAPÍTULO 3

DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO APLICADO AL CASO: LAS RELACIONES DEL TRABAJO

1. Los hombres trabajadores	23
2. Las mujeres trabajadoras	27

CAPÍTULO 4

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

.....	33
-------	----

CAPÍTULO 5

EL TECHO DE CRISTAL

.....	37
-------	----

	Pág.
CAPÍTULO 6	
SOBRE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN	
.....	39
CAPÍTULO 7	
DESARROLLO HUMANO COMO SINTAGMA ORIENTADOR	
.....	43
CAPÍTULO 8	
IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN	
.....	45
CAPÍTULO 9	
POLÍTICAS PÚBLICAS COMO RESPUESTA A UNA NECESIDAD CONCRETA	
.....	49
CAPÍTULO 10	
ANÁLISIS IUSFILOSÓFICO Y APLICABILIDAD DE LAS HERRAMIENTAS OBTENIDAS DE LA MAESTRÍA EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL EN EL CASO JURÍDICO POSTULADO EN EL PRESENTE TRABAJO	
1. Una sentencia con tinte no positivista de línea neoconstitucionalista. ...	51
2. Perfil del juez laboral.....	52
3. El plano regulatorio aplicado al caso concreto	53
4. La constitucionalización del derecho privado	54
5. Los principios jurídicos laborales y su necesaria operatividad	54
6. Las reglas laborales.....	57
7. Análisis del plano fáctico de la casuística propuesta.....	58
8. El plano axiológico	59
9. El plano lingüístico analizado	59
10. El plano lógico formal en el esbozo de la sentencia	60
CONCLUSIÓN	
.....	63

	Pág.
BIBLIOGRAFÍA TRATADA Y CONSULTADA	
1. Doctrina.....	65
2. Legislación	70
2.1. Internacional.....	70
2.2. Nacional.....	70
3. Jurisprudencia relacionada con la materia	71
3.1. Internacional.....	71
3.2. Nacional.....	71

**TESIS DE DERECHO APLICADO PARA
ACCEDER AL TÍTULO DE MAGÍSTER
EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL**

CASO V “CLAUDIO Y MARIELA”

**CUESTIÓN DE GÉNERO Y DESARROLLO
HUMANO COMO CRITERIOS FUNCIONALES
DE DECISIÓN JUDICIAL**

Por José Ignacio Agostini

*Agradecimiento a mi compañera de vida
Estefanía Paola Cuello por sus reflexiones y enseñanzas en género.*

INTRODUCCIÓN

La presente tesis busca presentar una solución que armonice la igualdad de trato y oportunidades de la mujer y la libertad de contratación en el ámbito de las relaciones laborales. Para ello, se recurre a las herramientas teórico-prácticas de razonamiento correcto de una sentencia judicial, aprendidas en la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral.

El Estado Constitucional de Derecho (en adelante ECD) representa no sólo una Constitución escrita, sino también una Constitución real, entendida como la organización efectiva del sistema político. Para ello debe reconocer cuáles son las demandas de la vida política del país y sus relaciones reales de poder⁽¹⁾. Así, en el plano práctico se puede verificar la situación de desventaja económica, política y social de las mujeres. En este trabajo, me referiré al *techo de cristal*, es decir, el conjunto de obstáculos que impiden que una mujer alcance puestos de alto nivel en las organizaciones⁽²⁾.

En el presente trabajo se entiende que las razones subyacentes a la desigual de género, son el mantenimiento de la cultura sobre la asunción de las tareas de cuidado en cabeza de la mujer. Ello provoca que las políticas públicas de inclusión queden obsoletas ante la necesidad empresarial de disponibilidad plena para el trabajo⁽³⁾. De esta forma, las tensiones entre las responsabilidades familiares y las prioridades profesionales generan desventajas tácitas al momento de competir por un cargo mejor remunerado, pues el estrés y ausencia de conciliación de la vida laboral y familiar propician una reducción de la productividad en el largo plazo⁽⁴⁾.

La mejora en el acceso a la formación profesional no impacta significativamente en el acceso igualitario al empleo y promociones a puestos

(1) Cfr. SANTIAGO (h), En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho: consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales, 1° ed., Marcial Pons, Bs. As., 2010, 30-36.

(2) Cfr. F. DE LA MAZA Y M. REDONDO CRISTÓBAL, La desigualdad vertical por razón de género en la empresa: análisis del “Techo de Cristal” en las empresas malagueñas, Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga, Málaga, 2013, eLibro, 25-26.

(3) Ídem, 69.

(4) Ídem, 29.

jerárquicos de trabajo⁽⁵⁾. Así, la participación de la mujer –como persona en tanto sujeto de derecho– en la vida social, política y laboral es una preocupación de todos los poderes del estado, ya que “resulta indispensable para el logro de la igualdad, el desarrollo sostenible, la paz y la democracia”⁽⁶⁾.

(5) Cfr. Comisión IDH, “El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, OEA/Ser.L/V/II.143, Doc. 59, 3/11/2011, XII, par. 14, <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/mujeresdesc2011.pdf>, (disponible el 31/01/2022).

(6) Asamblea General ONU, Resolución aprobada el 19/12/2011, A/RES/66/130, 2, <https://undocs.org/pdf?symbol=es/%20A/RES/66/130>, (disponible el 31/01/2022).

CAPÍTULO 1

CASO JURÍDICO ELEGIDO PARA ANALIZAR CON LAS HERRAMIENTAS OBTENIDAS EN LA CURSADA:

CASO V “CLAUDIO Y MARIELA”⁽⁷⁾

La empresa JE&PARFUM ARGENTINA S.A., con sede central en Buenos Aires y dedicada a la producción y venta de productos de belleza, contrata a la consultora en relaciones laborales EMPLEOSXXI S.R.L. para que lleve adelante un proceso interno de búsqueda y selección de personal con el objetivo de cubrir la vacante de Gerente de Ventas para la Región Centro de nuestro país. La zona comprende las provincias de Córdoba, Santa Fe y San Luis. El salario promedio del puesto es de \$180.000.

EMPLEOSXXI diseña un aviso de convocatoria que resulta difundido a través del correo interno de JE&PARFUM. Allí se detallan las condiciones de la convocatoria: a) Destinatarios: personal de ambos sexos, entre 20 y 40 años de edad; b) Formación: nivel universitario completo, contador, licenciado en administración de empresas o similar; c) Capacitación: Haber realizado previamente los cursos internos “Ventas I” y “Ventas II”; Experiencia: mínima de cinco (5) años en el área de ventas; d) Habilidades: liderazgo, trabajo en equipo, confiabilidad, compromiso; e) Funciones a cumplir: 1. Motivación, supervisión y coordinación del equipo comercial, 2. Elaboración de reportes de ventas. 3. Expansión de la cartera de clientes; f) Jornada: completa.

A la convocatoria respondieron 18 personas: 12 mujeres y 6 hombres. A la totalidad de los postulantes se les tomó una entrevista personal y se les hizo responder un cuestionario con preguntas sobre la gestión de la posición pretendida.

Al término del proceso, la consultora le comunica a la empresa que 2 postulantes alcanzaron el primer lugar con idéntico puntaje: Claudio, soltero, 38 años, contador, con 8 años de antigüedad, y Mariela, 40 años, licenciada en administración de empresas, casada y con un hijo de 1 año, con 10

(7) Armado del caso: 2019. Director: Dr. Leonardo AMBESI, Codirector: Mg. José VIRGINIS. Departamento de Derecho Judicial de la Facultad de Derecho, Universidad Austral (Buenos Aires). Autoría y propiedad exclusiva del Departamento de Derecho Judicial de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

años de antigüedad. Ambos se domicilian en la Ciudad de Buenos Aires y se desempeñan en el área de Ventas de la sede central como supervisores de la Región Metropolitana, con salarios promedios de \$85.000.

De manera no formal, la consultora le envía un mail al Gerente de Personal de la empresa, en donde expresa: “La mejor opción es seleccionar a Claudio. Mariela tiene un hijo de 1 año y no podrá viajar al interior con frecuencia”.

La Gerencia General, sin dar otros fundamentos, comunica al personal que luego del proceso de selección llevado a cabo, designa a Claudio como Gerente de Ventas para la Región Centro.

Sin embargo, al día siguiente de la comunicación, Mariela recibe una copia del mail antes citado. En función de ello, intima a la empresa a dejar sin efecto la designación de Claudio bajo apercibimiento de considerarse despedida y accionar judicialmente por discriminación de género en materia de igualdad de trato y de oportunidades, recriminando la actitud de la empleadora, quien además nunca especificó el requisito de disponibilidad absoluta para viajar.

La empresa rechaza la intimación por improcedente, negando los cargos que se le imputan. Desconoce el texto del mail en cuestión y, subsidiariamente, contesta que la elección fue el resultado de un proceso objetivo donde no se evaluó el pretendido requisito de la disponibilidad sino el mejor perfil para el puesto.

Mariela notifica que, en virtud de la gravedad de la injuria cometida, procede a darse por despedida con fundamento en las causales mencionadas.

Posteriormente, acciona en el fuero laboral por despido contra JE&PARFUM ARGENTINA S.A., reclamando las indemnizaciones de ley, con más la suma de \$ 24.7000.000 en concepto de daños y perjuicios, reclamados contra dicha empresa y EMPLEOSXXI S.R.L., por la conducta discriminatoria en razón del sexo y violencia de género ejercida contra su persona. La liquidación de este concepto surge de tomar la diferencia salarial que dejará de percibir durante los próximos 20 años por no acceder al cargo para el que se postuló oportunamente.

Cita en su derecho los arts. 14, 14 bis, 16, 31, 75.22, de la Constitución Nacional, Convenios 100 y 111 de la OIT, leyes 23.592 y 26.485, arts. 17, 62, 63, 75, 81 y 242 de la LCT, arts. 1737, 1738 y conc. Código Civil y Comercial de la Nación, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

CAPÍTULO 2

PROPUESTA DE DECISIÓN JUDICIAL PARA EL CASO “CLAUDIO Y MARIELA”

Antecedentes:

Se presenta la actora MARIELA e inicia demanda laboral por despido discriminatorio y violencia de género contra JE&PARFUM ARGENTINA S.A. y contra EMPLEOSXII SRL., en procura del cobro de unas sumas a las que se considera acreedora.

Aduce que fue contratada como empleada en fecha xx/xx/xxxx por JE&PARFUM. Indica que es una empresa dedicada a la producción y venta de productos de belleza.

En fecha xx/xx/xx, EMPLEOSXII es contratada por JE&PARFUM para llevar adelante un proceso interno de búsqueda y selección de personal con el objetivo de cubrir la vacante de Gerente de Ventas para la Región Centro de Argentina. El salario promedio del puesto es de \$180.000.

La convocatoria es diseñada y publicada por EMPLEOSXII a través del correo interno de JE&PARFUM. Las condiciones de postulación son expresadas a fs. xx.

A la convocatoria respondieron la actora y otras 17 personas, en suma, 12 mujeres y 6 hombres. A la totalidad de los postulantes se les tomó una entrevista personal y se les hizo responder un cuestionario con preguntas sobre la gestión de la posición pretendida.

Finalizado el proceso, la actora y CLAUDIO, quedaron igualados en mejor puntaje. Finalmente, el día xx/xx/xxxx la empleadora selecciona a CLAUDIO para ocupar el cargo.

Al día siguiente, MARIELA recibe en su casilla de correo laboral, un *email* que dice: “La mejor opción es seleccionar a Claudio. Mariela tiene un hijo de 1 año y no podrá viajar al interior con frecuencia”.

La actora intima a la empleadora a dejar sin efecto la promoción de CLAUDIO bajo apercibimiento de considerarse despedida y accionar judicialmente por discriminación de género en materia de igualdad de trato y de oportunidades, puesto que entre las condiciones de promoción no se exigía la disponibilidad absoluta para viajar.

La empleadora rechaza la intimación por improcedente, niega los cargos de discriminación, niega el mail en cuestión y sostiene que la elección fue resultado de un proceso objetivo donde no se evaluó el requisito de la disponibilidad sino el mejor perfil para el puesto.

La actora notificada de ello hace efectivo el despido tras considerarse gravemente injuriada (conf. art. 242 LCT) por culpa del empleador y con fundamento en las causales mencionadas.

La actora viene a reclamar las indemnizaciones de la LCT y con fundamento en las leyes 23.592 y 26.485. Se funda en los arts. 14, 14 bis, 16, 31, 75.22, de la CN, Convenios 100 y 111 de la OIT, arts. 17, 62, 63, 75, 81 y 242 de la LCT, arts. 1737, 1738 y conc. CCC, jurisprudencia de la CSJN y de la CNAT.

La empresa JE&PARFUM desconoce los extremos esgrimidos por la actora, relata su versión de los hechos, impugna la liquidación y solicita el rechazo de la demanda. Se funda en los arts. 14, 16, 17, 19, 31, 75.22 de la CN, referentes al derecho de trabajar y al ejercicio de toda industria libre, la libertad de contratación y al derecho de propiedad privada, los arts. 4, 5, 62, 63, 64, 65 y 242 de la LCT.

EMPLEOSXII contesta la demanda, niega todos los hechos invocados en la demanda, relata su versión de los hechos, impugna la liquidación y solicita el rechazo de la demanda.

Producida la prueba ofrecida surge lo siguiente: las confesionales de las partes; la actora y JE&PARFUM reconocen los intercambios telegráficos mantenidos; las partes no controvierte el contrato entre JE&PARFUM y EMPLEOSXII; tampoco, el email de convocatoria que detallan las condiciones de la convocatoria librado por EMPLEOSXII. Tampoco, la documental presentada por EMPLEOSXII respecto al proceso selección interno. Las demandadas desconocen el email recibido por la actora (a fs. x) de contenido discriminatorio alegado. No hay impugnaciones a testigos ni a los dictámenes periciales. Formulan los pertinentes alegatos y pasan los autos a resolución.

Fundamentos de los considerandos;

1. La demanda por despido contra JE&PARFUM y EMPLEOSXII pretende principalmente la indemnización tarifada de la Ley de Contrato de Trabajo en sus arts. 232, 233 y 245 con más la suma de pesos veinticuatro millones setecientos mil (\$24.700.000.) en concepto de daños y perjuicios por la conducta discriminatoria en razón del sexo y violencia de género ejercida contra su persona.

Procedo de este modo a tratar las cuestiones debatidas en la causa que gravitan esencialmente sobre la existencia del acto discriminatorio, la prueba de la discriminación, las consecuencias emergentes de ese acto y los rubros reclamados.

Dicho ello, las circunstancias expuestas imponen el examen de validez de los actos concluidos por las partes, pues todos son susceptibles de examen constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta inequidad (Fallos 310:2845).

Así, la validez jurídica de los actos citados queda configurada por las tensiones que subyacen los despliegues del ejercicio de la autonomía privada de las partes. Por un lado, se presenta el resultado de la selección de personal interno para el puesto gerencial en la empresa JE&PARFUM. Por el otro, la decisión tomada por la trabajadora de calificar como discriminatorio el resultado. Finalmente, queda por calificar la actuación de la consultora EMPLEOSXII en la selección del personal. A los fines de ordenar el análisis de las pretensiones de las partes, primero me refiero a la validez jurídica de los actos emergentes de la relación de trabajo, y luego a la que corresponda a la consultoría.

2. Así se comienza por remarcar que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador una serie de conductas permisivas que impactan sobre la organización y la dirección de la empresa (conf. arts. 64/67 LCT). Empero, el límite a la autonomía privada en beneficio del *sujeto de preferente tutela* (Fallos: 327:3677) es un coto vedado a la voluntad contractual de las partes, jugando el orden público laboral un papel importante.

Si bien existe consenso en la doctrina y la jurisprudencia sobre la normatividad del principio protectorio (art. 14 bis de la CN), no así acerca de su contenido y método de identificación de sus límites. Esa tensión se expone en el presente caso ante la supuesta colisión del derecho a la igualdad y a la no discriminación pretendido por la actora y el derecho a libre contratación expuesto por el empleador.

Para ello hay que precisar los criterios a utilizar a fin de fijar el contenido de cada uno de los derechos y favorecer a la seguridad jurídica.

3. En primer lugar, el contenido del derecho a la igualdad y no discriminación se despliega en la igualdad de trato y oportunidades laborales. Para ello, hay que precisar algunas consideraciones lingüísticas, históricas, culturales y jurídicas.

Así, *discriminar* es una acción que sí misma no conlleva reproche alguno, solo representa la posibilidad de separar las cosas, es un acto de discernimiento. Aquí se tienen en cuenta las cualidades y diferencias entre los objetos, animales y personas. Consiguiente, se pueden encontrar una discriminación positiva cuando ese comportamiento tenga criterios razonables y objetivos. Inversamente, la discriminación negativa es aquella que configura una situación ilegalmente desfavorable o de persecución, que intenta cambiar a las personas lo que no pueden cambiar o que no tiene por qué cambiar (cfr. E. Ferreirós, La discriminación a la luz de los derechos humanos, LLOnline: 0003/402538).

En relación, el concepto de *techo de cristal* identifica al conjunto de obstáculos que impiden que las mujeres alcancen puestos de alto nivel en las organizaciones. Hoy, este fenómeno contextualiza el presente caso puesto que la proporción de hombres y mujeres en puestos directivos del sector público y privado argentino es de 3 a 1. La cuestión se agrava, las mujeres ejecutivas de máximo nivel en pequeñas empresas son del 9,5%, en medianas del 4,7% y en las grandes del 6,9% (cfr. OIT, Las mujeres en la gestión empresarial: argumentos para un cambio, Ginebra, 2019, 33-34).

4. Esta desigualdad se mantiene constante por la cultura dominante sobre la asunción de las *tareas de cuidado y del hogar* en cabeza de la mujer. Así, cualquier política pública de inclusión queda obsoleta frente a la pretensión empresarial de disponibilidad para el trabajo *en todo momento y lugar*. En concordancia, la CorteIDH ya ha aludido sobre esta cultura cuando expuso la cuestión al reflexionar sobre las causales de la violencia hacia las mujeres y la necesidad de resolver los conflictos desde una perspectiva de género (cfr. CorteIDH, “Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú”, Sentencia de 25/11/2006, Serie C, Nº. 160, voto de Dr. Cançado Trindade, §VII).

Esas *tareas de cuidado* recaen exclusivamente sobre el género femenino. Se tratan de aquellas tareas de ocupación a tiempo completo del cuidado de las *personas a cargo* –hijos, adultos mayores, personas discapacitadas–, impactando así en la vida económica y emocional de la/s persona/s que las asuman. Históricamente, las mujeres sin una vida económica independiente son consideradas las primeras destinatarias de estas tareas.

Coincidentemente, el proyecto del Ejecutivo nacional (S-2122/19) para la ampliación de la moratoria previsional de ley 26.970, acentúa la inclusión de las mujeres dentro del sector de mayor vulnerabilidad socioeconómica pues reconoce que fueron las más afectadas por el flagelo de la desocupación e informalidad (<https://www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/423187/downloadPdf>).

Por lo que las tensiones entre las responsabilidades familiares y las prioridades profesionales de las mujeres siguen generando desventajas silenciosas al momento de competir por un cargo mejor remunerado, pues el estrés y ausencia normativa de conciliación de la vida laboral y familiar propician una reducción de la productividad en el largo plazo (cfr. MAZA y REDONDO CRISTÓBAL, La desigualdad vertical por razón de género en la empresa: análisis del “Techo de Cristal” en las empresas malagueñas, Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga, Málaga, 2013,29).

Si bien es cierto que la igualdad salarial entre los géneros encontró recepción en las normativas laborales vigentes. No menos lo es que la brecha salarial sigue presente, atento a la real desigualdad en el acceso a cargos mejores remunerados, como los ejecutivos, o la ocupación en tareas peores

pagas. Así, se indicó que la brecha salarial de género entre gerentes es del 25%, y entre los empleados totales del 32% (Cfr. OIT, *op. cit.*, 30).

La ComisiónIDH alerta a los Estados que la mejora en el acceso a la formación profesional no está impactando significativamente en el acceso igualitario al empleo y promociones a puestos jerárquicos de trabajo (Cfr. *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/Ser.L/V/II.143, Doc. 59, 3/11/2011, XII, pár. 14). Así, la participación femenina en todos los órdenes de la vida social, política y laboral debe ser una preocupación de todos los poderes del estado, incluido el judicial, ya que “resulta indispensable para el logro de la igualdad, el desarrollo sostenible, la paz y la democracia” (Asamblea General ONU, Resolución aprobada el 19/12/2011, A/RES/66/130, 2).

Este es el camino elegido por la Argentina en el proceso de integración, pues al adherirse a la Declaración Sociolaboral del Mercosur se obliga “a garantizar, a través de la normativa y prácticas laborales, la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres”.

5. En Argentina rige la ley 23.592 contra la discriminación. La jurisprudencia de la CSJN resolvió que es plenamente aplicable a las relaciones laborales (Fallos: 332:2043; 333:2306). Entre las razones discriminatorias contempladas se encuentra el “sexo”. Aquí cabe distinguir dos conceptos vinculados: sexo y género. El sexo tiene relación con lo biológico, los cromosomas y la genitalidad. En cambio, el género refiere a los atributos contruidos socialmente de los sexos, estableciendo ciertas significancias sociales y culturales (cfr. CorteIDH, OC N°. 24/17).

6. En Argentina rige la ley 26.485 que reglamenta la CEDAW y la Convención Interamericana de *Belém do Pará*. Su objetivo es “la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (art. 2 inc. e). Tiene como principio rector “la eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres”. Así todos los poderes del Estado, en todos sus niveles, deben adoptar las medidas de acción positiva para el respeto de la igualdad entre mujeres y varones (conf. art. 7 inc. a).

Para el presente caso es aplicable el concepto legal sobre *violencia laboral contra las mujeres* (art. 6°, inc. c): “**aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo** públicos o **privados** y **que obstaculiza su acceso al** empleo, contratación, **ascenso**, estabilidad o **permanencia en el mismo**, exigiendo requisitos sobre estado civil, **maternidad**, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo” (el resaltado me pertenece ya que son aplicables al caso).

7. La desigualdad real laboral es un fenómeno verificado por las estadísticas vigentes (v. INDEC, Datos de la Encuesta Permanente de Hogares. 3er trimestre de 2021). El fenómeno muestra mayores dificultades de erradicación

cuando se aspira a una acción judicial (derecho a tutela judicial efectiva, art. 25 CADH, v. CorteIDH, caso Cantos, parág. 52). Especialmente, existe vulnerabilidad en materia probatoria de la discriminatoria –subyacente a la conducta humana– pues no suele aparecer expresamente, constituyéndose así en una “prueba diabólica” para quien la alega (cfr. M. MAZA, *Tutela judicial frente a actos discriminatorios dañosos en las relaciones de trabajo*, Revista de Derecho Laboral 2019-1: Igualdad de oportunidades y de trato, Rubinzal-Culzoni, 97-98; Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, *Igualdad en el empleo y la ocupación; estudio general de la comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones...*, Informe III, Ginebra, 1988, 150, par. 129).

Así, la doctrina de la CSJN dispuso una solución de equidad para estos casos. Se señala que la acreditación de los hechos que, a primera vista, resulten idóneos para invocar la existencia de la discriminación, le corresponderá al demandado la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. Esto no implica eximir de prueba a la trabajadora sobre la calificación del acto ni tampoco una inversión de la carga probatoria en desmedro del empleador. Viceversa, implica que recae sobre la trabajadora la carga de aportar un cuadro indiciario. Así, sopesa en el empleador probar que en su acción no subyace causales discriminatorias (Fallos: 334:1387).

8. Ello es conforme a la Constitución y existe obligación de adoptar medidas positivas para revertir las desigualdades de género en su bloque constitucional federal. El art. 75 inc. 19 de la CN reconoce al “desarrollo humano” como valor jurídico hacia la plenitud del ser humano para una vida digna, más allá de lo económico (cfr. A. SANTIAGO (h), *Estudios de derecho constitucional: aportes para una visión personalista del derecho constitucional*, 1º. Ed., Marcial Pons, 2017, 157-159). Para ello se garantiza el disfrute de las libertades básicas de las personas: “libertad de la discriminación por motivos de género [...] para desarrollar y materializar plenamente el potencial humano personal [...] de tener un trabajo decoroso, sin explotación” (Ídem, 160). Así, el Estado debe propiciar el cultivo de las capacidades de las personas “desde condiciones de vida menos humanas a condiciones de vida más humanas” (Ídem, 159).

9. El art. 75 inc. 22 de la CN, que jerarquiza los tratados internacionales, reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación hacia las mujeres (conf. art. 24 de la CADH). Aquí, se habilita la adopción de medidas especiales a favor de quienes padecen las condiciones de desigualdad estructural (cfr. A. ALFIE, *La discriminación indirecta*, Revista de Derecho Laboral 2019-1: igualdad de oportunidades y de trato, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, 303-304). Entre ellos está la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 1.4). Y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 4.1, y art. 7.1 de la Ley 26.485). Todas las normativas son operativas en nuestro derecho interno (cfr. SANTIAGO (h), *op. cit.*, 241).

10. En Argentina rige como norma de jerarquía supralegal (conf. Art. 31 de la CN), el Convenio 156 OIT para “el equilibrio entre la vida laboral y la vida familiar” (cfr. Consejo de Administración, *Conciliación del trabajo y la vida familiar*, vol. GB.312/POL, Ginebra, 2011). Argentina es morosa en la implementación de políticas públicas hacia esta demanda social, pues no hay regulaciones suficientes. Esto es prioridad legislativa en el marco de la democracia representativa para el periodo de sesiones del año 2022, según es advertido dentro del discurso presidencial ante la Asamblea legislativa del 01/03/2022 (<https://www.pagina12.com.ar/404847-el-discurso-completo-de-alberto-fernandez-en-la-apertura-de->). La falta de políticas públicas hacia una mejor distribución de las tareas de cuidado entre los géneros impide una igualdad real entre los géneros, perjudicando a las mujeres que históricamente son las responsables de las tareas de cuidado y del hogar.

11. También rige el Convenio 100 OIT sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina (conf. art. 2). Aquí se obliga a la Argentina a “adoptar **medidas para promover la evaluación objetiva del empleo [incluye el ascenso]**, tomando como base los trabajos que éste entraña, cuando la índole de dichas medidas facilite la aplicación del presente Convenio” (art. 3.1) (resalto propio). Además, el Convenio 111 OIT dispone que la discriminación es “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de (...) sexo (...) que tenga por efecto anular o **alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación**” (art. 1.a) (resalto propio). Existe en el art. 2 el deber a “...formular y llevar a cabo una **política nacional que promueva**, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, **la igualdad de oportunidades y de trato** en materia de empleo y ocupación, con objeto de **eliminar cualquier discriminación a este respecto**” (resalto propio).

12. Entró en vigor el Convenio 190 a partir de la Ley 27.580. Aquí se reconoce que la violencia y el acoso laboral constituyen una violación de los derechos humanos. En armonía con la Ley 26.485, se obliga al estado a formular medidas positivas para la erradicación de la violencia y el acoso en el trabajo hacia el género femenino, estos hechos son considerados como amenazantes a la igualdad de oportunidades de acceder al mercado de trabajo, permanecer en él o progresar profesionalmente.

13. El ordenamiento jurídico vigente reconoce la existencia de patrones históricos de trato desigual hacia las mujeres. Para revertirla, la jurisprudencia nacional admite la constitucionalidad de la aplicación de la “discriminación inversa” como medida de acción afirmativa hacia la equiparación de las oportunidades de quienes por su sexo (género), se encuentren en situación de desigualdad y reparar injusticias pasadas (CNApCiv, Sala H, “Fundación Mujeres en igualdad c. Freddo”, 16/12/2002).

14. No obstante, todas las medidas de discriminación inversa pasan por el tamiz de la razonabilidad (conf. art. 28 de la CN). Por lo que la revisión

judicial sobre ellas necesita de un cuidadoso examen judicial, dado que se encuentran en juego derechos explícitos de la Constitución y tratados internacionales (cfr. “United States v. Carolene Products Co”, 304 US 144, 152, n. 4, voto Juez Hughes).

En el caso de marras, es menester analizar la conducta del empleador al momento de seleccionar a CLAUDIO, trabajador varón, en el puesto gerencial, en desmedro de la trabajadora “madre”. Para ello se requiere precisar el contenido del derecho a la libre contratación de la empleadora, que concretamente, implica la validez de la elección.

La Constitución protege la libre contratación implícitamente cuando se reconoce el derecho de trabajar y de ejercer toda industria lícita (art. 14), la inviolabilidad de la propiedad (art. 17), la privacidad y la autonomía personal (art. 19). Todos los derechos se requieren sí o sí el respeto de la libertad individual y a la autonomía privada. Así, la CSJN ha referido sobre la propiedad de los derechos emergentes de los contratos (Fallos: 172:21). Pero, al igual que otros derechos constitucionales, no son absolutos y pueden ser reglamentados sin alterar su esencia (Fallos: 142:77; 202:456; entre otros).

15. Ahora bien, es oportuno señalar que dentro del contenido de la libertad de contratación se encuentra la facultad de *discriminar objetivamente* como despliegue de las facultades de dirección y organización (cfr. arts. 64-67 de la LCT). En el caso, la doctrina de la CSJN dijo “El principio del art. 14 nuevo de la Constitución Nacional que asegura igual remuneración por igual tarea, no se opone a discriminaciones fundadas en la mayor eficacia, laboriosidad y contracción al trabajo, que aseguran el justo reconocimiento de una superación útil y resultan convenientes a la colectividad” (Fallos 265:242).

Así, el empleador puede elegir discrecional y legítimamente el método de evaluación para premiar los méritos de sus dependientes con una remuneración superior (cfr. E. FERREIRÓS, *La discriminación a la luz de los derechos humanos*, LLOnline: 0003/402538). Empero, en el presente caso, el empleador no justifica acabadamente cuáles son las razones de su elección, cuando hay una conducta vedada por el art. 81 de la LCT (SCBA; 3-X-1087, T.yS.S., 1988, 791; CNAT, Sala VII, 20-III-1989, T.yS.S., 1989, 427; entre otras). Se observa así que el espíritu del art. 81 de la LCT refuerza la igualdad de trato y oportunidades en el ordenamiento jurídico.

16. De las constancias de autos, quedan probados los siguientes hechos no controvertidos. Primero, la existencia de la relación de trabajo entre la actora y JE&PARFUM. Segundo, la existencia de una relación comercial entre los demandados. Tercero, la existencia del proceso de selección interno llevado a cabo por las demandadas. Cuarto, las condiciones para la postulación para la promoción del empleo. Quinto, las actuaciones llevadas a cabo durante todo el proceso de selección. Sexto, la designación de CLAUDIO como gerente de ventas de la región centro de la empleadora demandada.

Sin embargo, cabe fijar como hecho controvertido la existencia del acto discriminatorio y de la violencia de género denunciada por la actora de parte de JE&PARFUM y EMPLEOSXII.

Para ello, cabe remitirse a la prueba pericial informática (fs. xx/xx). Luego del examen de autenticidad, integridad y certeza, surge acreditado que el email de fecha xx/xx/xxxx fue remitido desde una dirección de correo perteneciente a la EMPLEOSXXII hacia la dirección electrónica del Gerente de Personal de la empresa empleadora. Este correo expresa: “La mejor opción es seleccionar a Claudio. Mariela tiene un hijo de 1 año y no podrá viajar al interior con frecuencia” (fs. xx). Igualmente, se encuentra acreditado que la actora recibió en fecha xx/xx/xxxx en su casilla de correo electrónica laboral un email de idéntico contenido al anteriormente mencionado, desde la casilla electrónica mail@mail.com, que el perito no logra determinar la titular del dominio (fs. xx/xx).

El primer correo electrónico es una prueba clara de la conducta asumida por la consultora en su asesoría hacia la empleadora. Aquí se evidencia un acto discriminatorio, donde el motivo, según la consultora, de no seleccionar a la actora es por su condición de “madre”. Ello representa lógicamente la materialización del estereotipo cultural construido sobre el sujeto mujer y la asunción de las tareas de cuidado (conf. art. 5.5 de Ley 26.485). Tema tratado en los considerandos anteriores.

Ahora bien, no hay una expresa manifestación del empleador de que la designación de CLAUDIO responde al mismo criterio de la consultora, pues la opinión de ésta no es vinculante. Empero, por determinadas inferencias me permiten arribar a la conclusión de que son criterios similares.

El empleador desconoce el correo electrónico recibido por la actora cuyo contenido, que expone textualmente la trabajadora en su telegrama (a fs. xx), correspondía al correo electrónico que recibió la empleadora de parte de la consultora en fecha xx/xx/xx (a fs. xx). En este último caso, la conducta asumida por la empleadora fue negar el correo recibido por la actora y ocultar, mediante simple omisión, el correo recibido de la consultora.

Resulta razonable que estas conductas del empleador afecten directamente a la buena fe que debe gobernar entre las partes al momento de la ejecución del contrato de trabajo (conf. art. 63 LCT). Pues la empleadora es la que debe dar las suficientes y acabadas explicaciones de la elección del gerente ante un presunto acto discriminatorio reclamado por su trabajadora. Así, resulta razonable que *el “onus probandi”* sobre la inexistencia de motivos discriminatorios debe recaer sobre el empleador. Es éste quien debe acreditar que existieron motivos legítimos y objetivos para la designación de CLAUDIO.

En otras palabras, se encuentra configurado el cuadro indiciario para valorar la respuesta jurídica formulada por el empleador hacia la actora

respecto a la selección del trabajador varón en el puesto gerencial. Esta apreciación satisface inicialmente el estándar probatorio fijado por la doctrina de la CSJN (Fallos: 334:1387).

17. De las constancias de autos, no surge concretamente cuáles fueron las razones objetivas por las cuales se designó a CLAUDIO. Formalmente, las condiciones de la convocatoria muestran sin lugar a dudas que son objetivas y sin tratamiento discriminatorio reprochable. En lo que aquí interesa los postulantes podían ser de ambos sexos. Por lo que no puede deducirse discriminación arbitraria alguna desde lo formal. Así, el art. 81 LCT admite un amplio margen de discrecionalidad en la dispensa del trato igualitario en base a diferencias objetivas de tratamiento, siempre que no sean susceptibles de tacha como discriminaciones arbitrarias. La CSJN dijo: “La garantía de la igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase o de ilegítima persecución” (Fallos: 322:2346).

Como es de esperar, ningún empleador –ni el menos astuto– patentiza la discriminación de género porque esas prácticas son expresamente sancionadas por el *jus cogens*, la normas constitucionales y convencionales, por las leyes 23.592 y 26.485, y los arts. 17 y 17 bis de la LCT.

Tal como surge de las constancias de autos y la conducta desempeñada por la empleadora, no ha ofrecido prueba tendiente a acreditar las condiciones objetivas concretas de elección de CLAUDIO como el mejor perfil. Resulta sospechoso la no selección de la actora quien conservaba mayor antigüedad que su competidor (10 y 8 años, respectivamente) hecho que no sopesó al momento del desempate.

Insisto que los motivos de selección del trabajador varón no fueron presentados en profundidad por la empleadora. Sólo se limitó en el libelo de responde a reproducir las expresiones generales vertidas en los intercambios telegráficos.

De este modo, atento a la vigencia del principio *in dubio pro operari* en materia probatoria (confr. art. 9 LCT), concluyo que existe una duda razonable en apreciar como objetiva la conducta de JE&PARFUM hacia la designación de CLAUDIO. Por lo que encuentro suficientemente probada la existencia del acto discriminatorio y la violencia laboral (confr. art. 6 inc. c de la ley 26.485) invocado por la actora y, por ende, configurada la injuria laboral causante la extinción del vínculo laboral (conf. art. 242 LCT).

Que la no promoción de la trabajadora al puesto gerencial por motivos de su situación de maternidad implica una flagrante violación a la dignidad humana. Que se encuentra demostrada que la actuación de EMPLEOSXXI

concluye en una recomendación que afecta el trato igualitario hacia el género femenino y que está soportado por estereotipos culturales que nuestro ordenamiento jurídico pretende expulsar.

Este magistrado está obligado por el Derecho Internacional y por nuestra Constitución nacional a adoptar medidas de acción positiva para garantizar la igualdad real de oportunidades y trato, teniendo en cuenta que la actora es una mujer y madre, ambos sujetos tutelados constitucional y convencionalmente (conf. art. 75 inc. 23 de la CN).

18. Consecuencias del acto discriminatorio: Ahora bien, se presenta en debate el modo de extinción del vínculo laboral. Por un lado, la actora justifica la denuncia del contrato de trabajo ante una injuria laboral imputable al empleador. Por el otro lado, la empleadora demandada niega la existencia de todo acto discriminatorio y considera que no se configuró ninguna injuria laboral necesaria para la aplicación del art. 242 LCT.

Que atento a los argumentos plasmados en los considerandos anteriores se determina que el empleador es el responsable directo del acto discriminatorio. Por lo tanto, el empleador tiene el deber de responder (art. 1794 CCC) puesto que con su accionar concluyó el acto discriminatorio y violento, siendo la promoción del empleo una facultad propia e indelegable dentro del vínculo laboral (cfr. arts. 64 y 65 de la LCT).

19. Ahora queda por determinar la responsabilidad de EMPLEOSXXI SRL. por el acto discriminatorio y violento. Si bien no quedan dudas que el vínculo laboral entre la actora y JE&PARFUM S.A le es ajena, no menos cierto es que por el contrato de servicios (a fs. xx/xx) la consultora mantuvo una relación con la actora por el proceso de selección de personal.

Pues como surge de las probanzas en autos, esta empresa fue contratada por la empleadora para que desarrolle el proceso interno de selección de personal para el puesto gerencial vacante. Si bien la conducta de esta empresa es irreprochable durante el desarrollo del proceso (entrevistas y evaluaciones a los empleados), su recomendación final de elegir a CLAUDIO (trabajador varón) no solo es discriminatorio y violento sino va en contra de las más esenciales normas éticas para las consultoras de Recursos Humanos.

En concreto, se acredita que EMPLEOSXXI opina en contra de la actora, porque es madre de un niño de un año y que no tendría disponibilidad para viajar. Lo cuál para aquella el mejor perfil es CLAUDIO. Así, la consultora contribuye al resultado discriminatorio. Su conducta procesal no demuestra cuáles son sus normas éticas respecto al tratamiento de la cuestión de género. Como lo he advertido, la desigualdad de género contextualiza el mercado de trabajo y existen esfuerzos de parte de la comunidad internacional para combatir dicho flagelo.

Es fácil advertir que, en el mercado de consultoras de Recursos Humanos, hay un importante compromiso por la paridad de géneros. Ello se

plasma con un sinnúmero de códigos de conducta o de ética que guían el actuar empresarial, enfatizando la importancia (como lo bueno, desde lo valorativo) de respetar la diversidad y promover la igualdad de oportunidades. Algunos ejemplos: The Adecco Group presenta en su Código de conducta el respeto por los derechos humanos, especialmente un compromiso por la cuestión de género (https://www.adecco-jobs.com/es-es/-/media/project/adeccogroup/pdf-files/code-of-conduct/adecco_code_of_conduct_sp_2021.pdf/?modified=20210812113337). El Grupo Randstad en su política externa PC49.2-Política de derechos humanos externa (Rev0) (<https://www.randstad.com.ar/s3fs-media/ar/public/2022-02/PC49.2-Pol%C3%ADtica%20de%20derechos%20humanos%20externa%20%28Rev0%29.pdf>, §3.1). Accenture PLC mantiene una política activa en materia de equidad de géneros (<https://www.accenture.com/ar-es/about/inclusion-diversity/gender-equality>).

Es claro que podría extenderme demostrando casos de empresas del rubro y su compromiso a la paridad de género. Por el contrario, no sólo queda acreditado en autos que EMPLEOSXXI fue la autora del email de fecha xx/xx/xxxx que asesora a la empleadora a no seleccionar a la actora, sino que no muestra política alguna en materia de igualdad de géneros.

Por estas razones encuentro como responsable a EMPLEOSXXI de la discriminación y violencia padecida por la actora. Su responsabilidad es directa y solidaria con JE&PARFUM S.A y se limita a la reparación de daños y perjuicios emergentes de las leyes 23.592 y 26.485, todo ello conforme a los siguientes considerandos.

20. Indemnizaciones: La responsabilidad por el daño causado está regida por el principio *alterum non laedere* previsto en el art. 1716 del CCC. La CSJN establece que el principio emerge del Artículo 19 de la CN (Fallos: 308:1160). El art. 1749 del CCC dispone como principio general la “teoría del responder”, por lo que todo acto u omisión que genere un daño a otro, sin justificación es considerado antijurídico (cfr. F. Sagarna, *Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, AR/DOC/3870/2014).

JE&PARFUM S.A debe abonar la indemnización tarifada producto de la ruptura del vínculo laboral. Es decir, debe abonar las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245 LCT. A estos fines, conforme pericial contable (a fs. xx/xx), corresponde tomar la suma de pesos ochenta y cinco mil (\$85.000.) como el salario devengado por la actora al momento de producirse el distracto laboral (conf. art. 245 LCT).

Para la determinación de la indemnización por daños y perjuicios por la conducta discriminatoria y violencia de género, entiendo desproporcionada la cuantificación esgrimida por la actora. Acorde la jurisprudencia de la CSJN, no se convalida en el derecho argentino la estabilidad absoluta en el empleo privado (Fallos: 273:87). El despido indirecto del presente caso es

eficaz para extinguir la relación contractual y sólo puede sancionarse con el pago de una indemnización adicional. Por lo que la base de liquidación pretendida por la actora excede todo límite de la razonabilidad (conf. art. 28 CN), ante una expectativa de conservación del empleo que es incierta y especulativa, por ende, no resarcible. Tampoco encuentra bien fundada ni demostrada su pretensión para resolver según estos extremos.

En cambio, es razonable que la indemnización sea equivalente a un año de remuneración por analogía con el art. 182 LCT. Las leyes 23.592 y 26.485 no prevé una indemnización tasada. Empero, la indemnización reclamada tiene como bien jurídico tutelado la dignidad humana expresada en la libertad humana y en el trato igualitario. De este modo, corresponde por analogía integrar el sistema jurídico (conf. art. 13 LCT) con el sistema de presunciones de los arts. 177, 178, 181 y 182 de la LCT, y del art. 52 de la Ley 23.551, que prevén esta limitación temporal.

21. En armonía con el considerando 18º *in fine*, se rechaza el reclamo de la actora por la indemnización tarifada de la LCT contra EMPLEOSXXI, por inexistencia de vínculo laboral. Por el contrario, se hace lugar el reclamo de la indemnización por daños y perjuicios por la conducta discriminatoria y violencia de género en los mismos términos que se fijaron para la empleadora, siendo directa y solidariamente responsable del pago de la misma. Todo ello sin perjuicio de las acciones de repetición entre las demandadas.

22. De los rubros: El importe de los rubros surgirá de la planilla que se efectuará en autos debiendo tenerse presente los rubros receptados en los considerandos. Al monto se le aplicará, desde que cada suma fue debida y hasta el efectivo pago una vez y media el promedio de la tasa activa de interés sumada que fija el Banco de la Nación Argentina para las operaciones de descuento de documento a 30 días.

23. Intereses: son fijados conforme tasa activa sumada para operaciones de descuentos a 30 días del Banco de la Nación Argentina contados desde la mora, es decir, de la fecha de ruptura del vínculo laboral hasta el efectivo pago.

24. Costas: Atento al resultado obtenido a favor de la actora, costas a las vencidas.

Por ello, en virtud de los argumentos expuestos y la normativa de orden nacional y supranacional invocada, con apoyo en antecedentes de hecho y jurisprudenciales nacionales e internacionales convencionales; este Juez,

RESUELVE:

a) HACER LUGAR PARCIALMENTE a la demanda y condenar a JE&PARFUM S.A. a pagar las indemnizaciones laborales de los arts. 232, 233 y 245 de la LCT por la ruptura del vínculo laboral, en mérito a lo considerado.

b) HACER LUGAR PARCIALMENTE a la demanda y condenar solidariamente a JE&PARFUM S.A. y a EMPLEOSXXI SRL, a pagar la indemnización (conf. art. 1 de la ley 23.592 y art. 35 de la ley 26.485) en concepto de daños y perjuicios provocados por el acto discriminatorio y violencia de género de fecha xx/xx/xxxx, bajo las modalidades, condiciones y alcances señalados en los considerandos.

c) INTERESES son fijados conforme tasa activa sumada para operaciones de descuentos a 30 días del Banco de la Nación Argentina contados desde la mora, es decir, de la fecha de ruptura del vínculo laboral hasta el efectivo pago.

COSTAS a las vencidas.

Regístrese y notifíquese a las partes.

FDO. JOSÉ IGNACIO AGOSTINI

JUEZ

CAPÍTULO 3

DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO APLICADO AL CASO: LAS RELACIONES DEL TRABAJO

1. Los hombres trabajadores

El caso que se trae a estudio para obtener el grado de magíster en Magistratura y Derecho Judicial, refiere específicamente a la materia de las relaciones jurídicas del trabajo. Un campo de estudio complejo alejado de las meras explicaciones causales propias del logicismo formal⁽⁸⁾. Es apropiado comenzar por los contrastes históricos a los que debe rodearse el trabajo humano desde sus orígenes. Las relaciones laborales se mantienen desde dos características particulares “su trascendencia para quien lo realiza y utilidad para quien se beneficia de su producto”⁽⁹⁾.

Así, se advierte un antagonismo estructurado sobre la base de la alteridad Capital-Trabajo, por la cual revela las potenciales tensiones entre el dador y el receptor del trabajo. Definitivamente, no es más que la puja tradicional de libertades y propiedades. Estas tensiones dominan el Derecho del Trabajo hasta la actualidad y se expresan de distintas maneras, pudiéndose agrupar en dos grandes paradojas: las *tensiones genéticas* y las *paradojas de la ley*.

Por un lado, la primera tensión se presenta entre *Cambio-Estabilidad*. Aquí, la Revolución francesa promovió ideas en la que convergieron los ciudadanos y los propietarios de tierra. Ello, auspició un Estado abstencionista que marginó a los trabajadores como sujeto político.

Luego, la segunda tensión es entre *Libertad-Protección*, explicando que la construcción del contrato, como expresión de la autonomía privada, se constituyó en el modo de canalizar el ejercicio de los derechos. En rigor, la realidad laboral sería una coordinación de “hombres libres e iguales” y no una relación de subordinación. Así, las normas de la época nunca reflejaron el fenómeno laboral en su plenitud.

(8) Cfr. A. MACHADO NETO, Fundamentación egológica de la teoría general del derecho, trad. J. manzanares, Eudeba, Bs. As., 1974, 99.

(9) L. AMBESI, El Derecho del Trabajo en el Estado de Derecho Legal y en el Estado de Derecho Constitucional, tesis doctoral en Derecho, Universidad Austral, Bs. As., 2016, 34.

Posteriormente, la tercera tensión es entre *Persona-Técnica*, donde el desarrollo de la técnica hasta la explotación máxima de la fuerza material provoca la nulidad de la fuerza laboral y el aniquilamiento de la persona trabajadora.

También, la tensión existente entre *Soberanía-Autonomía* inaugura una etapa donde la soberanía estatal y las autonomías privadas danzaron entre restricciones y permisos legales.

Por otro lado, en *las paradojas de la ley* se destaca a la ley como la máxima expresión de la época para el reconocimiento de los derechos. La ley será la protagonista para proteger y dirigir todas las relaciones jurídicas, inclusive las laborales. La sacralidad del hombre y la pretensión de universalidad de quienes ostentan la revolución que da nacimiento a los Estados modernos, puso en poder de la ley y de la *voluntad popular* la posibilidad de ampliar y restringir los derechos. El silencio de la ley en la regulación de las relaciones laborales provocó el surgimiento de lo *colectivo* como alternativa posible para paliar el flagelo sufrido. Ello, iniciará un proceso de emisión de leyes protectoras por parte del Estado, promovidas por la negociación colectiva⁽¹⁰⁾.

En efecto, no se pierde de vista que la concepción antropológica individualista y abstracta predominó desde los albores de la era industrial hasta la segunda guerra mundial. De ese modo, la respuesta inicial otorgada por la cultura humanista y liberal de ese tiempo fue construida sobre la convicción de que el trabajo no debe ser tratado como mercancía⁽¹¹⁾. Para A. Kaufmann: “detrás de una teoría del derecho hay una idea del hombre que la explica”⁽¹²⁾. Por ese camino, la estructuración de las relaciones jurídicas tuvo su adecuado respaldo del formalismo positivista jurídico de la época.

Así, el nuevo sistema económico de producción estaría marcado por el sistema capitalista y “en el capitalismo todo se convierte en *mercancía* y el hombre es producido como mercancía”⁽¹³⁾. El positivismo jurídico fue la ideología que necesitaba el capitalismo para su maduración y contar con una “calculabilidad jurídica de los negocios”. En resumidas cuentas “el Derecho es norma y nada más que normas”⁽¹⁴⁾.

(10) *Ídem*, 34-44.

(11) Cfr. M. ACKERMAN, El trabajo, los trabajadores y el derecho del trabajo, Introducción, Tratado de derecho del trabajo: teoría general del derecho del trabajo, T. 1, 2ª. ed. ampl. y act., coord. D. TOSCA y J. SUDERA, dirigido por M. ACKERMAN, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2014, Tº. 1, 29.

(12) Citado en R. VIGO, Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional, LL 2010-A, 1165.

(13) M. CIURO CALDANI, Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1993, III, §137.

(14) Cfr. C. Cossio, “La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época”, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/doc-trina48838.pdf>, acceso 01/02/2022.

La industrialización estrechó una compleja relación existente entre las ideas políticas, los mercados y el comercio, la producción agropecuaria y la concentración de la población en zonas urbanas. La innovación tecnológica fue la que desplazó la mano de obra como principal factor de producción industrial. Así, los sistemas sociales y económicos se vieron repentinamente modificados sin conseguir digerir los problemas y padecimientos que ello causó a la gran mayoría de las personas⁽¹⁵⁾.

En efecto, el trabajo fabril originario reflejó un problema de explotación laboral de una importante población. El trabajo abusivo hacia las mujeres y las infancias, las jornadas extensas, la insalubridad laboral, los salarios miserables y la inestabilidad de las condiciones contratadas, afectaron a una importante parte de la población laboral activa⁽¹⁶⁾. Todos estos desórdenes hicieron posible una respuesta orgánica de la sociedad industrial capitalista mediante la construcción de una rama del derecho específica, es decir, el Derecho del trabajo.

En este contexto, la uniformidad de los puestos laborales no requería de calificación y capacitación. Por ende, todos los trabajadores eran competidores entre sí. Esta saturación del mercado laboral originó una sobreoferta y la industrialización fue más lenta, generando las condiciones propicias para el maltrato, dado que se contrató al más económico⁽¹⁷⁾.

No obstante, el ascenso de los trabajadores a los espacios políticos incitó a la Iglesia Católica a asumir un papel significativo en la *cuestión social*. Así, situó el tema de la dignidad del trabajo humano, apartándose del iluminismo⁽¹⁸⁾. Además, instó “a pensar en la existencia de una comunidad productiva donde el Estado actúa como promotor del bien obrero en general”⁽¹⁹⁾. Esta idea acabó en leyes proteccionistas, permitiendo a los obreros participar en su creación e interpretación⁽²⁰⁾.

No obstante, inicialmente las relaciones laborales se encuadran en el marco tradicional de las obligaciones contractuales. Así se apeló a una estructura normativa conocida, proclive a afianzar la seguridad de los negocios. Por tanto, el modo de gestionar las relaciones involucró rigidez y formalismo, absolutamente inapropiado para resolver las cuestiones emergentes de las relaciones laborales⁽²¹⁾. A mayor abundamiento, las dificultades para demostrar la existencia de los contratos o cuantificar los daños causados por

(15) Cfr. M. ACKERMAN, *op. cit.*, 74-75.

(16) Cfr. M. ACKERMAN, *op. cit.*, nota 59.

(17) Cfr. *ídem*. 78-79.

(18) Encíclica *Rerum Novarum*, 1891, https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html, accedido: 01/02/2022.

(19) *Ídem*, 43.

(20) Cfr. *ídem*, 43.

(21) Cfr. M. ACKERMAN, *op. cit.*, 79.

los incumplimientos, materializaron la desprotección de los trabajadores al momento de hacer efectiva sus acreencias. La realidad de la sobreoferta demostró que los trabajadores individualmente no poseían capacidad de negociación de las condiciones de trabajo. Así, las normas generales sobre contratos no lograron captar las soluciones socialmente esperadas para los trabajadores. Máxime porque faltaba uno de los elementos elementales del derecho contractual: la igualdad de posiciones prenegociales de las partes. Pronto quedó evidenciado que la teoría general del contrato era impropia para suprimir las desigualdades de origen⁽²²⁾. En definitiva, los problemas emergentes de la dependencia necesitan ser solucionados en su campo del Derecho⁽²³⁾.

Luego, el diálogo con novedosos disciplinares permitió aventurar una inaugural especialización de los juristas. Ello procuró avanzar en una teoría general que permitiera eliminar la desigualdad antes aludida, mediante la configuración de contenidos mínimos necesarios indisponibles en los contratos de trabajo. Así, se tradujo en una restricción de la autonomía de la voluntad en las relaciones laborales⁽²⁴⁾.

No obstante, la economía de guerra transformó el Estado tradicional moderno occidental en el período 1919-1939, quien tomó bajo su órbita toda la vida económica. Esto significó que las normas jurídicas flexibles del derecho mercantil vigentes fueran acorraladas por formas rígidas de la Administración burocrática para la época de la guerra y de la desmovilización. Así, cuando el legislador no trató las relaciones económicas surgió un Derecho económico en que el protagonista fue el Estado contenedor de las fuerzas económicas privadas por medio de leyes sociológicas capaces de intervenir en el dinamismo social⁽²⁵⁾. En este sentido, la doctrina alemana contribuyó con el concepto del Estado Social de Derecho que Hermann Heller explicó que sería aquél que sujeta a su imperio a la Economía⁽²⁶⁾.

En verdad, la Constitución de Weimar (1919) fue un claro ejemplo de ello, ya que garantiza la propiedad y la libertad de contratación como derechos fundamentales, de contenidos y límites definidos en las leyes. Así, florecía la idea del dominio eminente del Estado sobre la propiedad privada en la base de una “socialización” autorizada por la constitución. Empero, esta socialización no se refiere a una fatal estatización, por el contrario, una

(22) Cfr. ídem, 79-80.

(23) Cfr. C. ARESE, *Hugo Sinzheimer en la utopía y la tragedia de Weimar*, Revista de Derecho del Trabajo actualidad 2019 N°. Especial, M. ACKERMAN ...[et al.]; dirigido por J. MACHADO, 1ª. ed. revisada, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2019, 15-25, 22.

(24) Cfr. M. ACKERMAN, *op. cit.*, 79-80.

(25) Cfr. G. RADBRUCH, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 1ª. ed., Ediciones Olejnik, Bs. As., 126.

(26) Cfr. A. SANTIAGO (h), “El Estado constitucional de derecho. Una aproximación histórica, constitucional y iusfilosófica”, G. BADENI et al., *Anales* 2017, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018, 259.

propiedad privada con rasgos jurídico-público cumpliendo un servicio para el bien común⁽²⁷⁾.

Este Derecho obrero era una nueva disciplina que enfoca su atención en la protección del débil frente al poderoso adinerado. En cuyo interior, abarca la tutela de los derechos humanos de los trabajadores en una relación jurídico-personal sostenida en el plano de la libertad personal⁽²⁸⁾.

En definitiva, en los párrafos anteriores se esgrime la construcción del sujeto universal trabajador que es, por tradición, forjada mediante la exclusión de las mujeres trabajadoras en sus discursos históricos, sin contemplar sus luchas y desigualdades en torno al trabajo. Sin dudas, en una sociedad capitalista, la llave maestra para acceder a los derechos de ciudadanía para casi toda población, es el trabajo⁽²⁹⁾. Por lo tanto, queda por integrar a su narrativa al género femenino excluido y que el trabajo le da sentido y realización a favor de equilibrar la asimetría existente.

2. Las mujeres trabajadoras

El feminismo comienza simplemente por observar que las mujeres son personas para luego sumergirse en el complejo relato sobre porqué se les negó tal calidad⁽³⁰⁾. En la antigüedad, la situación de las mujeres estuvo ligada a los principios e instituciones ideados bajo criterios de masculinidad excluyente. En efecto, el hombre mantuvo el monopolio del sostenimiento del grupo social⁽³¹⁾. Así, fue diagramando una división de la sociedad entre lo público y lo privado, dónde el primero –de inherente dominio varonil– sometió y marginó a lo segundo –de presencia femenina–⁽³²⁾. En rigor, las mujeres quedaron presas a sus hogares y apartadas a las tareas de cuidado y alimentación familiar⁽³³⁾, cuyo silencio e invisibilidad fue premiado con la

(27) Cfr. ídem, 127.

(28) Ídem, 131-132.

(29) Cfr. V. FLORES BELTRÁN y V. BUIGO, *Aportes para pensar la construcción histórica de los géneros en los mundos del trabajo en Argentina*, Tratado de géneros, derechos y justicia, Coord. gral. de C. VIDETTA, G. A. Vázquez y M. E. E. PLAZA, dir. M. HERRERA, S. E. FERNÁNDEZ y N. de la TORRE, 1º. ed., Sta. Fe., Rubinzal-Culzoni, 2020, p. 14.

(30) Cfr. C. MACKINNON; “Integrando el feminismo en la educación práctica”, en *Revista Academia*, año 3, nº. 6, 159.

(31) Nuevos hallazgos ponen en jaque la respuesta clásica a una vieja pregunta sobre la división sexual del trabajo en las sociedades humanas tempranas. Ver más en https://www.nationalgeographic.com.es/ciencia/cazadoras-americanas-neolitico_16060, accedido: 02/04/2021.

(32) Al respecto puede verse A. DE MIGUEL, *Neoliberalismo sexual: el mito de la libre elección*, 14º ed., Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, 2020, 232-239, 233.

(33) Cfr. Graciela A. GONZÁLEZ, *Derecho de igualdad en materia de género*, *Revista de Derecho Laboral* 2019-1: Igualdad de oportunidades y de trato, M. ACKERMAN ... [et al.]; dirigido por M. ACKERMAN, 1ª. Ed. revisada, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe., 2019, 251-254.

calificación de “púdicas y honrosas”⁽³⁴⁾. Así, la domesticidad presenta a la *división sexual del trabajo* como una construcción apriorística, donde maternidad y trabajo asalariado son presentadas como irreconciliables e identitarias del género⁽³⁵⁾.

Desde hace tiempo se advierte sobre aquellos enunciados normativos que inciden en la capacidad de obrar de las personas y a la hora de reconocer derechos y obligaciones jurídicamente esenciales según su sexo⁽³⁶⁾. Un adagio romano exclama: “son de mejor condición los varones que las hembras en lo tocante a la dignidad, y las hembras que los varones en lo tocante a la debilidad”⁽³⁷⁾. En rigor, los sujetos de derechos eran constituidos por sus “condiciones naturales”. Esta categoría de *sexo débil* concluía que era un atributo propio de las mujeres en las comunidades griegas⁽³⁸⁾. Un ejemplo es mostrado por Aristóteles que considera la sumisión de las mujeres hacia los hombres como algo natural en la construcción del ordenamiento político del buen vivir⁽³⁹⁾. Así, el sujeto de derechos para la democracia griega fue alusivo sólo al sexo masculino, blanco, adulto, libre, propietario y no extranjero.

Luego, el pensamiento medieval partió de posiciones teóricas configuradas bajo los mandatos de naturaleza divina. En rigor, estuvo signado por la regla de que Dios hizo al hombre a su imagen y semejanza⁽⁴⁰⁾, para luego formar a la mujer con una de las costillas del hombre⁽⁴¹⁾. Esta creación postergada fue importante al momento de diagramar los privilegios reglados en el antiguo régimen sobre la base de que la condición de varón es mejor que la mujer⁽⁴²⁾. Pero la mayor vejación, violencia y humillación social hacia ellas se cristalizan con el *Malleus Maleficarum*, el manual más importante

(34) Cfr. M. NÚÑEZ PAZ, “Silencio femenino, negación de las emociones y continuidad histórico jurídica de la violencia institucionalizada contra las mujeres”, *Femeris: Revista Multidisciplinaria de Estudios de Género* 2, N.º. 1, 2017, 49, en <https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3548>.

(35) Cfr. Quierolo citada en V. FLORES BELTRÁN Y V. BUIGO, *op. cit.*, 18.

(36) Cfr. E. GACTO FERNÁNDEZ, “Imbecillitas sexus”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, 20, 2013, 27-66, 29, en https://doi.org/10.5209/rev_cuhd.2013.v20.45328, accedido: 31/01/2021.

(37) Ídem, 28.

(38) Véase PLATÓN, *La República*, Libro V. También, *Las Leyes*, Libro VII, donde habla de las diferencias que se dan entre los sexos y entre los individuos.

(39) Cfr. ARISTÓTELES, *Política*, Libro I, Cap. II. Puede verse más en NÚÑEZ PAZ, *Silencio femenino, negación de las emociones y continuidad histórico jurídica de la violencia institucionalizada contra las mujeres*. También, v. más en G. A. GONZÁLEZ, *Derecho de igualdad en materia de género*, *Revista de Derecho Laboral* 2019-1: Igualdad de oportunidades y de trato, M. ACKERMAN ... [et al.]; dirigido por M. ACKERMAN, 1ª. Ed. revisada, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2019.

(40) Ver Gén. 1:27. Además, puede verse a SAN AGUSTÍN, *Sobre la generación de los animales*, Libro I; *Política*, Cap. II, XII y XIII.

(41) Génesis 2:22.

(42) Cfr. E. GACTO FERNÁNDEZ, *cita* 36.

sobre la persecución de brujas del Renacimiento. Un cuerpo jurídico que legitimó el asesinato de mujeres –viejas, pobres y enfermas, en su mayoría– por tribunales laicos ordinarios. Ello impactaría en ciertos sectores laborales de importante presencia femenina como las curanderas y parteras, que serán acusadas por los médicos varones⁽⁴³⁾.

Además, la diferenciación entre los distintos estamentos de la sociedad feudal carentes de los principios de igualdad y solidaridad, la mujer no podía celebrar ningún acto sin el consentimiento del hombre. Empero, las familias populares –influenciadas por el cristianismo– comenzaron a desplazarse desde un régimen cuasi militar hacia vínculos afectivo y solidario, sin que los hombres renunciasen a la jefatura familiar⁽⁴⁴⁾.

El contractualismo respalda el *contrato sexual*⁽⁴⁵⁾ con Rousseau, quien en su novela *Emilio* marca la pedagogía-burguesa, naturalista y laica aspirada⁽⁴⁶⁾. Una cuestión que no se alteró con la Revolución francesa. Aquí, las mujeres acompañaron la insurrección, pero al instante de la distribución de los privilegios, se volvió a la premisa donde la democracia es por y para los hombres. Así, lo muestra la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* que declara “todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”⁽⁴⁷⁾. Ahora bien: ¿están las mujeres incluidas en esa fórmula? No, pues dentro de la lógica universalizadora de los sistemas democráticos, hacer explícita una exclusión, las deslegitimaría⁽⁴⁸⁾. Las mujeres fueron traicionadas en la gesta revolucionaria, ni siquiera les permitieron ingresar en la Asamblea Nacional para debatir en cuestiones relacionadas a sus propios derechos políticos⁽⁴⁹⁾. Olympe de Gouges, autora de la desafiante *Declaración de la Mujer y de la Ciudadana*, expresó:

“Hombre, ¿eres capaz de ser justo? Una mujer te lo pregunta; al menos no le negarás ese derecho. Dime, ¿quién te ha dado el soberano poder de oprimir a mi sexo? ¿Tu fuerza? ¿Tus talentos? Observa al creador en su sabiduría; recorre la naturaleza en toda su grandeza, a la que pareces querer acercarte, y dame, si te atreves, un ejemplo de dominio tiránico [...] Verás

(43) Cfr. E. ZAFFARONI, “¿Por qué las mujeres?” en J. SPENGER y E. KRAMER; *Maleus Maleficarum*, comentarios de E. ZAFFARONI; M. HERRERA, 1º. Ed. Ilustrada, Remanso Editor, Rosario, 2021, V, 87-99, 96.

(44) Cfr. E. P. GNECCO, “La familia en la vida y en el derecho”, G. de BADENI et al., *Anales* 2015, 1a., CABA, La Ley, 2016, 232-233.

(45) C. PATEMAN reconstruye las condiciones del contrato social enfatizando la exclusión de las mujeres de este proceso constituyente fundacional de las democracias. Cfr. A. de MIGUEL, *Neoliberalismo sexual: el mito de la libre elección*, 14º ed., Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, 2020, 216.

(46) V. más en Emilio, ó de la educación, J. MARCHENA (trad.), Madrid, 1821.

(47) V. art. 1.

(48) Cfr. A. de MIGUEL, *op. cit.*, 215.

(49) Recién en 1836 se estableció el derecho de las mujeres a la enseñanza primaria en Francia.

que están siempre confundidos, que siempre cooperan en armonía con esta obra maestra inmortal”⁽⁵⁰⁾.

A lo señalado cabe replicar que toda pretensión de justicia universal requiere necesariamente el vivir juntos. Es por ello que en la declaración de independencia EE.UU. declaró la igualdad a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad, aspiraciones reservadas a los varones. Ello lo muestra el reclamo expresado en la *Declaración de sensibilidad* (1848) que denunció las restricciones políticas de las mujeres, quienes no sufragaron hasta 1920⁽⁵¹⁾.

Sin dudas, con el urbanismo e industrialización del siglo XIX, en los sectores populares, la mujer y los hijos salieron de sus hogares a trabajar, generando un fuerte impacto en la organización familiar y en la estructura social general⁽⁵²⁾. Una muestra es la propuesta de 1857 donde obreras textiles reclamaron mayores salarios y mejores condiciones de trabajo. Así, a medida que iban profundizando los cambios generados por la Revolución industrial, las relaciones sociales se fueron transformando para centrarse en la familia. Esto incitó un florecimiento de la división de la sociedad entre lo público y lo privado, donde lo público pertenecía al hombre y lo privado a la mujer⁽⁵³⁾. John Stuart Mill considera que la legitimidad del sometimiento de las mujeres al servicio abnegado a los demás, está condicionado por la educación y el constreñimiento legal y social a acceder a la vida pública: universidad, trabajos no proletarios, política, etc⁽⁵⁴⁾.

Entiendo que este disciplinamiento social es un correlato del orden positivista promovido por los sectores sociales más acomodados quienes proyectaron la construcción del modelo familiar tradicional industrial. Así, las familias obreras dejaron atrás a la mujer popular independiente, para alcanzar a una madre acorde a los estándares de las elites gobernantes. Este nuevo concepto de mujer, madre, ama de casa y esposa, la alejó de los sectores productivos dando paso al monopolio de los varones obreros en el mercado laboral industrial⁽⁵⁵⁾.

Una realidad creciente mostraba una familia moderna de rasgos bien definidos, tales como: disminución de miembros de personas en el seno

(50) Olympe de GOUGES, Escritos disidentes, traducción y selección J. PIZARRO de TRENQUALYE, Banda propia, Concón, 2019, 35-36.

(51) Cfr. GONZÁLEZ, *op. cit.*, 253.

(52) Cfr. Emilio P. GNECCO, “La familia en la vida y en el derecho”, de Badeni et al., Anales 2015, 239.

(53) Cfr. GONZÁLEZ, *op. cit.*

(54) Cfr. la prologuista Ana de MIGUEL, en John Stuart MILL, El sometimiento de las mujeres, trad. Alejandro PAREJA, Biblioteca Edaf, Madrid, 2005, 30.

(55) V. más un interesante trabajo de E. CAAMAÑO ROJO, “Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo del padre proveedor y la madre cuidadora”, Revista de derecho, N°. 34, Valparaíso, 2010, 179-209, en <https://doi.org/10.4067/s0718-68512010000100005>, accedido: 04/02/2022.

familiar, igualdad del ejercicio de la patria potestad entre los cónyuges y el gobierno del propio hogar. Estos atributos se demostraron en acciones de unidad y colaboración, propia de una comunidad de intereses y esfuerzos⁽⁵⁶⁾.

La irrupción del período de las guerras mundiales impactó enormemente en el esquema social. Los hombres fueron reclutados y llevados a los frentes de batalla. Las industrias fueron ocupadas por las mujeres. Luego del 45, este incremento de la participación de las mujeres en el mercado laboral –tasa de participación femeninas, en adelante TPF– se mantuvo. Así, la igualdad formal laboral comenzó mediante un gradual proceso de eliminación de los impedimentos legales. Ello fue por la escasez de fuerza de trabajo disponible ante un mercado necesitado de incorporación masiva de trabajadores. Empero, este fenómeno no ocurrió con la misma intensidad y velocidad en los países latinoamericanos. En el período 1950–1980 el protagonismo femenino en el mundo laboral aumentó modestamente hasta un 8% en promedio⁽⁵⁷⁾.

La década del 80 mantuvo el aumento de las TPF en todos estos países. Empero, la región atravesó una grave crisis económica por la adopción de políticas de ajuste económico, que impactaron negativamente en la estabilidad del empleo de las mujeres. Por el contrario, en los países industrializados, el crecimiento de las TPF acompañó a un crecimiento económico. Así, en latinoamérica, el aumento fue por el fenómeno denominado “trabajador añadido”, es decir, ante la merma del poder adquisitivo familiar, otro miembro del grupo se incorporó al mercado laboral para compensar la caída de los ingresos. Esta situación estimuló que las mujeres se inclinaran masivamente al mercado informal de trabajo (trabajo a domicilio y trabajo doméstico) con niveles de salarios bajos y compatibles con las cargas domésticas y familiares⁽⁵⁸⁾.

Desde 1990 los países de la región mostraron un crecimiento sostenido de la TPF del 8% en el período 1990–2010. En la actualidad, ello evidencia una consolidada política de acceso a la educación secundaria y terciaria de las mujeres (en una edad media oscilante entre los 24–54 años). También, una reducción de la discriminación laboral –producto del cambio cultural– favorece a la inserción laboral de las mujeres. No obstante, otros autores incluyen a la “disminución en la tasa de fertilidad y de la expansión de la urbanización” como razones de ello. Lo dicho, no descarta las dificultades para acceder a la capacitación y al empleo o a puestos de mejor jerarquía. Pues,

(56) Cfr. E. GNECCO, “La familia en la vida y en el derecho”, *Anales*, de BADENI et al., Año LX, N°. 53, 2015, 239.

(57) Cfr. OIT, *Panorama Laboral Temático 5: Mujeres en el mundo del trabajo. Retos pendientes hacia una efectiva equidad en América Latina y el Caribe*, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 1°. Ed, Lima, 2019, en www.ilo.org/publns, 37–38.

(58) Cfr. OIT, *Panorama Laboral Temático 5: Mujeres en el mundo del trabajo. Retos pendientes hacia una efectiva equidad en América Latina y el Caribe.*, 1ª. ed. (Lima: Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2019), www.ilo.org/publns, 39.

aún se mantienen una segmentación laboral en función del sexo y condiciones laborales inferiores para las mujeres⁽⁵⁹⁾.

Así, concluyo que es necesaria la integración de las mujeres en la historia de las relaciones laborales desde una noción de la *división sexual del trabajo*. Las líneas anteriores son prácticas críticas sobre la evolución del pensamiento sustentado en conceptos androcéntricos que imponen características, roles o valores por la sociedad dividida a través del sexo.

(59) Cfr. OIT., 40.

CAPÍTULO 4

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL⁽⁶⁰⁾

Seguidamente se expone la necesidad de concertar estos dos aspectos de la vida, pues se encuentra en juego la singularidad y el reconocimiento de las mujeres, que encerradas en el hogar y excluidas del mercado laboral no los pueden lograr. Las personas se plantean a través de sus proyectos que los trasciende y los expanden a otras libertades, hacia un *porvenir infinitamente abierto*⁽⁶¹⁾. La mayor satisfacción de las mujeres es no verse reducida a su pura generalidad, siendo reconocidas por otro y sólo la *buscará en la vida social*⁽⁶²⁾.

Así, se presenta otro fenómeno que subyace en el caso jurídico. Las tensiones son ocasionadas por los malestares propios de las desigualdades en el trabajo y en el hogar, la lucha contra la pobreza, la protección social y el rendimiento de las empresas. En rigor, la evolución de la familia en la vida de las sociedades involucró cuestiones sociológicas e históricas propias de la organización social y política de los pueblos⁽⁶³⁾. En rigor, la idea de familia nunca permaneció estancada, dado que ha acompañado la evolución de las sociedades⁽⁶⁴⁾.

Empero, “la concepción de “familia” como una unidad, una comunidad de intereses, de aspiraciones y de esfuerzos”⁽⁶⁵⁾ contiene ciertos elementos biológicos, psicológicos y patrimoniales, de incidencias en lo político, en lo económico y en lo cultural⁽⁶⁶⁾. La CorteIDH muestra el aspecto dinámico de la familia y amplia su protección a sus distintas expresiones⁽⁶⁷⁾.

(60) V. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, “Conciliación del trabajo y la vida familiar”, vol. GB.312/POL Ginebra, 2011, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_163643.pdf. §1.

(61) Cfr. S. de BEAUVOIR, *El segundo sexo*, J. García Puente (trad.), Lumen, 30-31.

(62) Cfr. ídem, 512-513.

(63) Cfr. E. DÍAZ DE GUIJARRO, *Tratado de derecho de familias*, t. I, TEA, Buenos Aires, 1953, n°. 159, 245.

(64) Cfr. F. ENGELS, “El origen de la familia, la propiedad, y el estado”, Claridad, 10°. Ed., 1974, 27.

(65) E. GNECCO, *op. cit.*, 241.

(66) Cfr. E. GNECCO, *op. cit.*, 227-228.

(67) CorteIDH, 24-2-2012, Atala Riffo y niñas vs. Chile, http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

Así, durante gran parte del siglo XX se mantuvo el “modelo tradicional de familia” estructurado bajo la siguiente dinámica: un matrimonio estable, biparental, donde el hombre era el jefe del hogar, cuyo ingreso era único y fijo, su actividad laboral era de por vida y a tiempo completo; seguido de la mujer, ocupada a tiempo completo del cuidado de los hijos y de las tareas del hogar, sin una vida económicamente independiente, cuya manutención y protección social estaba garantizado por los derechos adquiridos por el cónyuge. Todo ingreso proporcionado por ella era considerado complementario al salario varonil⁽⁶⁸⁾.

Tras una serie de cambios sociales y económicos ocurridos a finales del siglo pasado se produjo un crecimiento de la familia monoparental, impactando sensiblemente en su dinámica. El envejecimiento de la población trajo consigo necesidades de atención a otro sector vulnerable (ancianos, discapacitados y enfermos). El mercado de trabajo informal provocó indefiniciones en la extensión de la jornada laboral y su retribución. A su vez, la mayoría de las mujeres finalizaron sus estudios básicos y superiores. Pero, las presiones de las tareas de cuidado siguieron cayendo sobre ellas, generando tensiones al momento de optar por trabajos mejores pagos y de mayores proyecciones⁽⁶⁹⁾.

Los debates se han centrado sobre cuál debe de ser el rol del Estado para garantizar una armonía entre las responsabilidades profesionales y familiares. Una postura amplia defiende que el Estado debe promover los sistemas de apoyo familiar. En cambio, otra acoge una intervención estatal replegada hasta su máxima expresión, dado que es un asunto privado⁽⁷⁰⁾.

En efecto, los sistemas de apoyo familiar consensuados en la materia son: “políticas en materia de licencias, servicios de asistencia social, seguridad social, horarios laborales y modalidades de organización del trabajo flexibles, políticas de reinserción laboral, y programas de sensibilización y educación con una perspectiva de género”⁽⁷¹⁾.

Igualmente, el mundo del trabajo productivo resultó siempre extraño hacia las mujeres hasta hace un par de décadas, empero, se mantienen algunas diferencias segregativas. En este sentido, otra posición a la referida, presenta que los cambios no deben derivar en la conciliación de la vida familiar y profesional de las mujeres, dado que ello provocaría un efecto *boomerang*. Al contrario, la salida debe partir de la integración de los hombres

(68) Cfr. OIT-PNUD, *Trabajo y Familia: Hacia nuevas formas*, 1ª. ed., OIT-PNUD, 2009.

(69) Cfr. *Ibidem*, 46-47.

(70) Cfr. OIT-PNUD, *Trabajo y Familia: Hacia nuevas formas*, 35-37.

(71) CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO DE LA OIT, “Conciliación del trabajo...”, *op. cit.*, §3.

en las tareas de cuidado así se lograría una ruptura efectiva de la asignación de los roles sociales conforme el sexo⁽⁷²⁾.

En definitiva, la noción de familia define una institución central para el desarrollo de la sociedad (cfr. art. 10 PIDESC). Sin dudas, las pautas de comportamiento de la sociedad que modelan la fisonomía propia de la familia son hechos observables. Así, el aumento de la participación de la mujer en el mercado de trabajo pone en crisis el modelo social tradicional de división de tareas. Empero, ello no lo modificó proporcionalmente dado que las mujeres continúan siendo las principales responsables de las tareas de cuidados, fenómeno conocido como *doble jornada*⁽⁷³⁾. Claro, en este último orden se da cuando las mujeres eligen por la constitución de una familia, en regulares ocasiones tienen que elegir en un todo o nada, sin matices, entre tener una vida familiar o una vida profesional, que en nada se compatibiliza con el desarrollo humano garantizado por nuestra Constitución nacional que más adelante analizaré.

(72) Ver más en T. PÉREZ DEL RÍO, “La conciliación de responsabilidades familiares y profesionales. Especial referencia al régimen jurídico de la protección de la maternidad: perspectivas de futuro”, *Gaceta Sindical: Reflexión y Debate*, 2006, 221-40, 226-227.

(73) Cfr. L. LITTERIO, “Responsabilidades familiares y licencias paternas”, *Tratado de géneros...*, *op. cit.*, 187.

CAPÍTULO 5

EL TECHO DE CRISTAL

Desde el 2001 comenzó a exponerse una visión general de los factores que afectan la participación de las mujeres en la toma de decisiones de las organizaciones. Merece mención que la información relevada para medir cuestiones de género no estuvo disponible hasta 1999. Por ende, la falta de medición de la situación laboral de las mujeres pasó desapercibida e insuficientemente descrita en las estadísticas laborales. Parece observarse que la intervención subjetiva del encuestador para registrar el trabajo estaba impregnada de concepciones culturales del discurso de lo doméstico⁽⁷⁴⁾. Así, sin datos es inconcebible el diseño de políticas y programas de acción adecuados para la creación de puestos de trabajo sustentables. Que, a su vez, ayuden a este colectivo para hallar un empleo y conservarlo⁽⁷⁵⁾.

En efecto, los discursos jurídicos reconocen la impotencia de las normas para cambiar los patrones culturales, pero muestran las situaciones de desigualdades que deben replicarse en un cambio cultural. Ello, se observa en el fallo “Sisnero” cuyos tribunales supremos involucrados reconocieron la situación de discriminación a las mujeres en el acceso al empleo, pero la Corte federal revocó y ordenó que se hiciera medidas de acción positiva para garantizar la igualdad real de oportunidades y trato (Fallos: 320:2326)⁽⁷⁶⁾.

En efecto, se piensa que la sociedad capitalista de mercado, el *status* está definido por la posición en el mercado de trabajo. En verdad, se vela por la ciudadanía activa, mostrando la necesidad de contar con una participación comprometida con los valores democráticos⁽⁷⁷⁾. Por lo que, un fenómeno de segregación económica implica la caducidad de la carta de ciudadanía en el sistema neoliberal. En este aspecto, la igualdad de oportunidades en el

(74) Cfr. FLORES BELTRÁN y BUIGO, *op. cit.*, 20.

(75) Ver más en A. MATA GREENWOOD, “Incorporación de las cuestiones de género a las estadísticas laborales”, *Revista Internacional del Trabajo* 118, N°. 3, 1999, 305-20, en <https://doi.org/10.1111/j.1564-913x.1999.tb00135.x>, accedido: 10/02/2022.

(76) Cfr. E. CATANI, “La perspectiva de género en la legislación laboral”, *Tratado de géneros...*, *op. cit.*, p. 82.

(77) A. DE MIGUEL, *Neoliberalismo sexual...op. cit.*, p. 205.

empleo compone un criterio esencial para el goce de los derechos fundamentales, que encuentra insalvables obstáculos socioculturales y normativas⁽⁷⁸⁾.

Sin dudas entre las primeras, las *ideologías sexuales* son las que explican y avalan la diferenciación entre los hombre y mujeres en el espacio público, las *normas sexuales* hacen reproches a los hombres y mujeres ante el incumplimiento de la conducta esperada, y *los estereotipos* encubren las necesidades reales de los sexos⁽⁷⁹⁾.

Entre los obstáculos normativos existen la falta de reglamentación general en distintos aspectos del mercado de trabajo. El primero refiere a los procesos de selección de personal, que ocupa la etapa precontractual, donde se desliza sin inconvenientes el fenómeno del “suelo pegajoso”, categoría que expone los breches de las mujeres al momento de acceder al empleo. El segundo, remite a las promociones y ascensos en el empleo, donde halla el “techo de cristal”, que es la categoría que presenta las barreras de las mujeres al momento de acceder a los mandos altos de las empresas. El tercero refiere a las “paredes de cristales”, es decir, la segregación horizontal que relega a las mujeres a un número reducido de áreas, cubriendo puestos de bajo nivel⁽⁸⁰⁾.

En definitiva, los obstáculos socioculturales y normativos descritos dan cuenta de la valoración social del rol de los sexos frente al mercado de trabajo, y se presentan como impedimentos hacia el goce de los derechos fundamentales.

(78) Cfr. T. PÉREZ DEL RÍO, “La discriminación por razón de género en el empleo y las condiciones de trabajo”, *Gaceta Sindical: Reflexión y Debate*, marzo 2005, 313-44., 315.

(79) Cfr. de MIGUEL, *Neoliberalismo sexual...*, *op. cit.*, p. 234-235.

(80) V. en <https://www.ilo.org/infostories/es-ES/Stories/Employment/beyond-the-glass-ceiling#beyond>, accedido: 10/02/2022.

CAPÍTULO 6

SOBRE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

La declaración de derechos individuales burgueses de la Revolución francesa significó el triunfo de la propiedad privada y la libertad de contratación, proyectadas en la Codificación⁽⁸¹⁾. Los titulares de los privilegios del nuevo orden político eran hombres, nacionales, adultos, blancos y propietarios. Por tanto, una parte de la población continuaba excluida de los derechos políticos y sociales. En rigor, el ciudadano logró la seguridad jurídica anhelada, pues la mala experiencia del antiguo régimen invitó al despliegue de teorías liberales individualistas recelosas de lo público. Así, la propiedad se constituyó en un derecho ilimitado apoyada únicamente en el consentimiento formal. El Estado garantiza este derecho a través de la aplicación mecánica de la ley, postergando toda pretensión de justicia al valor seguridad jurídica⁽⁸²⁾.

Este liberalismo representa uno de los componentes ideológicos de la Constitución argentina. Aquí se abroga la defensa de los beneficios de la libertad (preámbulo) y del derecho de propiedad (art. 17), despreocupado por la igualdad social y política. Para este, la vida social se reduce a los individuos y el bien común social se mantiene con la mínima intervención estatal y su garantía eficaz de los derechos e intereses individuales. Su concepción antropológica considera al Estado y los grupos sociales como abstracción, mientras la vida social se reduce a las relaciones que cada individuo teje libre y voluntariamente⁽⁸³⁾.

Aquí, la autonomía moral del individuo y la libre elección del desarrollo de su personalidad se presentan como despliegues para logro de un proyecto vital. La intervención estatal queda lógicamente reducida sólo cuando se interfiere el proyecto de otra persona (art. 19). Así, la autonomía privada se presenta como un despliegue absoluto de los beneficios de la libertad⁽⁸⁴⁾. Ello implica el respeto a la persona en el que la ley no puede cambiar su

(81) Cfr. M. CIURO CALDANI, *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1993, III, §115.

(82) Cfr. R. VIGO, *La interpretación (argumentación)...*, *op. cit.*, 60.

(83) Cfr. A. SANTIAGO, *Estudios de...*, *op. cit.* 106-107.

(84) Cfr. A. SANTIAGO, "El techo ideológico de la Constitución argentina", en *Fuentes del derecho del trabajo*, 1º. Ed., vol. 1, Buenos Aires, Astrea, 2012, 25-80, 62-63.

naturaleza ni negar. El vínculo con el otro le sirve para satisfacer las más variadas finalidades de la vida. El contrato y su poder vinculante se torna en el centro de la economía capitalista liberal. La propiedad y la libertad económica –proyectadas en la libre empresa, libre competencia y la libertad de trabajo– son principios fundamentales que respaldan y reproducen el sistema capitalista.⁽⁸⁵⁾

Si bien es cierto que se considera a la autonomía privada un atributo de la persona para crear relaciones jurídicas, ella coloca a la “igualdad jurídica” y a la “libertad jurídica para contratar” como sus principales fundamentos. No menos cierto es que, el desequilibrio social-económico provocado por el excesivo individualismo habilita axiológicamente al legislador a intervenir en los contratos a favor de restablecer el equilibrio entre las partes. Por ende, este *dirigismo contractual* puede encontrarse en la libertad para contratar y en la libertad contractual. En rigor, se establecen instituciones jurídicas en normas imperativas con el afán de proteger al más débil –vgr. abuso del derecho y la lesión subjetiva– y evitar la utilización del contrato como instrumento de opresión económica contrario a las reglas morales⁽⁸⁶⁾. En definitiva, el problema de la autonomía privada son los límites.⁽⁸⁷⁾

No se desconoce que la esencia del funcionamiento del contrato es la seguridad jurídica, es decir, las partes deciden poner orden en el caos de la vida y se obligan mutuamente a hacer algo. El saber a “qué atenerse” implica el cumplimiento de la palabra empeñada y que no cambien las reglas generales reguladoras de los contratos⁽⁸⁸⁾. Empero, esta lógica puede resolverse en distintos grados y modos cuando una parte es más débil que la otra. Así, por principio de justicia, emerge el principio protectorio que neutraliza las fallas del mercado.

Así, el trabajo dependiente no armoniza con las pretensiones universales de la autonomía privada liberal, por lo que no tardó en cuestionarlas. La respuesta humanista de la Iglesia Católica incorpora la noción tomista de la “justicia social” hacia el uso correcto de los bienes producidos por el conjunto de la sociedad, bajo la garantía del Estado⁽⁸⁹⁾.

Esta valoración de la persona humana en situación de trabajo y de los bienes capitales conseguidos por la comunidad política, comenzó a fortalecerse con los derechos humanos. La propiedad privada sigue desplegándose

(85) Cfr. L. GARRIDO CORDOBERA, “Contratos en general”, Incidencias del Código Civil y Comercial, 1º ed., Tº. III., Buenos Aires: Hammurabi, 2015, 51-52.

(86) Cfr. A. SPOTA, Contratos, Instituciones de Derecho Civil, Tº. I, Bs. As., Depalma, 1974, 21-38.

(87) Cfr. R. ALTAMIRA GIGENA y G. TOSTO, “Autonomía de la voluntad en las relaciones del trabajo”, LL Online, Cita: AR/DOC/7613/2010.

(88) Cfr. R. LORENZETTI, Tratado de los contratos: parte general, 1º ed., Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2004, 132.

(89) Encíclica *Rerum novarum*.

en la facultad de disponer del contrato de trabajo por parte del empleador y mantiene la misma tutela jurídica.

La Constitución protege la libre contratación implícitamente cuando se reconoce el derecho de trabajar y de ejercer toda industria lícita (art. 14), la inviolabilidad de la propiedad (art. 17), la privacidad y la autonomía personal (art. 19). Todos los derechos se requieren sí o sí el respeto de la libertad individual y a la autonomía privada. Así, la CSJN admite que los derechos emergentes de los contratos constituyen propiedad privada (Fallos: 172:21). Pero, al igual que otros derechos constitucionales, no son absolutos y pueden ser reglamentados sin alterar su esencia (Fallos: 142:77; 202:456; 318:1154; 243:449; 243:467; 136:171; 200:450). Por lo que todo conflicto del Capital-Trabajo es una potencial colisión de derechos.

CAPÍTULO 7

DESARROLLO HUMANO COMO SINTAGMA ORIENTADOR

El desarrollo humano deviene de las doctrinas sociales y se constituye en unos de los objetivos del ECD. Las vertientes más importantes que convergieron en su incorporación constitucional (art. 75 inc. 19) fueron la Doctrina Social de la Iglesia y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo Humano. Ambas posturas consideran que el verdadero desarrollo es aquel que contribuye a la plenitud del ser humano para una vida digna, más allá de lo económico⁽⁹⁰⁾.

Así, los derechos humanos y el desarrollo humano están involucrados a través del disfrute de las libertades básicas de las personas⁽⁹¹⁾. De esta forma, el Estado debe propiciar el cultivo de las capacidades de las personas “desde condiciones de vida menos humanas a condiciones de vida más humanas”⁽⁹²⁾. Para ello, se requiere de las políticas públicas que articulen las relaciones entre Estado, Sociedad y Mercado, asegurando a cada persona de la oportunidad de participar de las decisiones comunitarias y gozar de su propia libertad humana⁽⁹³⁾.

En definitiva, la normatividad constitucional pretende el impulso de políticas públicas activas que acompañe a la sociedad y el mercado hacia la autorrealización de las personas con justicia social⁽⁹⁴⁾. El desarrollo humano no es una simple ilusión, sino que es un objetivo político e ideológico del Estado⁽⁹⁵⁾, quien mantiene un rol decisivo para concretar la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres⁽⁹⁶⁾.

(90) V. en A. SANTIAGO (h), Estudios de derecho constitucional: aportes para una visión personalista del derecho constitucional, 1º. Ed., Marcial Pons, CABA, 2017, 157-159.

(91) Ídem, 160.

(92) Ídem, 159.

(93) Cfr. ídem, 183-184

(94) Cfr. ídem, 178.

(95) Cfr. ídem. 174-176.

(96) Cfr. ídem, 182.

CAPÍTULO 8

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Este punto presenta inquietudes dentro del problema de la lógica jurídica al momento de hacer un juicio descriptivo que permita captar el sentido y finalidad de la norma. Se afirma que la *igualdad* y *discriminación* son conceptos opuestos, pues toda discriminación implica una desigualdad y toda igualdad implica omitir discriminaciones. Así, la igualdad promueve un ideario “deber de tratar igualmente a los iguales”. Pero este es un axioma vacío y exige precisión. Por ello se parte desde un juicio valorativo sobre las características semejantes o diferentes de los sujetos comparados, y advertir cuál es la relevancia valorativa que se le da o no a esas características. De modo, se presenta una relación entre dos principios conexos, el cual uno afirma que entre las personas no se puede justificar ningún trato diferencial dado por el sexo o el género (negativo), y el otro afirma que todas las personas deben tener iguales derechos fundamentales (positivo). De la relación entre ellos “deriva a fortiori que, en lo referente a la distribución de los derechos fundamentales, no puede instituirse o justificarse, ningún trato diferencial entre los hombres [personas] en función del sexo [género]...”. En resumen, uno dice quiénes son iguales y el otro indica cuáles son los bienes cuyo reparto debe aplicarse aquella igualdad. La riqueza de esta lógica se halla en la definición de las condiciones prevista en la *metanorma*, pues esta es la que determina la existencia de un criterio discrecional o no de selección⁽⁹⁷⁾.

Ahora bien, se explicita que la palabra *discriminación* presenta ambigüedades, coloquialmente se suele utilizar como sinónimo de *segregación*. Contrariamente, se entiende a la primera desde la lógica-formal de separar conjuntos y elementos; en cambio, la segunda como la expulsión absoluta del otro que valorativamente está condicionado a estar fuera⁽⁹⁸⁾. En rigor, para su estudio es conveniente traducirla en una relación género/especie (discriminación/segregación). Por lo que esta redefinición denota la noción de opresión entre o dentro de los grupos. Normológicamente, ello es captada por los organismos internacionales al afirmar que puede ser presentada por medio de normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales

(97) Cfr. R. GUIBOURG, “Igualdad y discriminación”, *Doxa*, N°. 19, 87-90.

(98) V. en <https://www.pagina12.com.ar/89864-el-otro-hostil>, acceso 21/02/2022.

predominantes en todos los sectores, generando desventajas comparativas para algunos grupos o privilegios de otros⁽⁹⁹⁾.

Además, Ferrajoli enseña la distinción de *diferencia* y *diferencias*, la cual “la primera la utiliza para designar a la sexual, que es de carácter originario e insuperable, y las restantes a las de identidad lengua etnia, religión, opiniones políticas, religión, etcétera”⁽¹⁰⁰⁾. Por ende, el trato desigual presentado se refiere a la discriminación negativa y segregativa que tiene como eje la distinción sexual/género de la persona, y que las políticas públicas deben combatir para la realización del derecho laboral fundamental inespecífico a no ser discriminado.

Hasta aquí, las inequidades de género constituyen problemas relativos a las personas en una sociedad patriarcal determinante de los criterios condicionantes, por lo que los juristas deben asumir la perspectiva de género como criterio valorativo a la hora de razonar el derecho y determinar su validez. En Argentina, la Oficina de la Mujer de la CSJN fue creada para incorporar la perspectiva de género⁽¹⁰¹⁾. Por lo que la jurisdicción tiene un camino trazado hacia la aplicación de las normas internacionales y nacionales sobre igualdad y no discriminación en razón de género⁽¹⁰²⁾.

Así, ubicada la perspectiva de género en la ontología jurídica, se vale como punto de apoyo para mover el mundo jurídico hacia una igualdad integral. Se libera de concebir a las mujeres en una *jerarquía de los sexos*⁽¹⁰³⁾. Estas discriminaciones son un problema cultural a nivel mundial, un fenómeno multidimensional que requiere de múltiples respuestas sin receta única posible⁽¹⁰⁴⁾. Ello presenta una complejidad jurídica que requiere ser interpretado desde la biología, que expresa al *ser biológico*, como desde la cultura y la memoria, que expresan al *ser simbólico*⁽¹⁰⁵⁾. Le asiste razón a DE BEAUVOIR cuando escribió “[n]o se nace mujer: se llega a serlo”⁽¹⁰⁶⁾. Por lo tanto, ello deja marcas gnoseológicas en el camino de conocer el derecho.

Para ello también, hay que distinguir dos conceptos necesarios: *sexo* y *género*. El primero tiene conexión con lo biológico, los cromosomas y la

(99) Comité del PIDESC, Observación General 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2º, párr. 2º. del PIDESC)”, 42º. período de sesiones, 2009, párr. 12.

(100) L. CONTINO, “Segregación laboral y acciones afirmativas por desigualdad estructural”, Tratado de..., *op. cit.*, 297-298.

(101) Por Acordada N°. 13/2009, del 23-4-2009.

(102) Cfr. G.A. VÁZQUEZ, “Juzgar con perspectiva de género. La ley 26.485 como herramienta potenciadora de buenas prácticas”, Tratado de..., *op. cit.*, 325.

(103) Cfr. S. DE BEAUVOIR, *op. cit.*, 43.

(104) Cfr. E. FERREIRÓS, El grupo – la igualdad – la libertad – la discriminación, LL online, cita: 0003/400202.

(105) DE MIGUEL, Ética para Celia: contra la doble verdad, 1º ed. 4º reimp., Ediciones B, Barcelona, 2021, 43-46.

(106) DE BEAUVOIR, *op. cit.*, 207.

genitalidad. El segundo es una categoría conceptual que permite comprender el sistema patriarcal y sus jerarquías. La OC N°. 24/17 de la CorteIDH precisó el término señalando “a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre, y el significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas”⁽¹⁰⁷⁾.

Bajo esta perspectiva, se analiza el rol social ocupado por las mujeres manifestado en las *categorías sospechosas* actuales⁽¹⁰⁸⁾. Así la CorteIDH sostiene que la violencia hacia las mujeres se mantiene en un sistema de subordinación y jerarquía de los sexos, en una histórica discriminación que explicita la intolerancia de las sociedades⁽¹⁰⁹⁾. La no discriminación forma partes del *jus cogens*⁽¹¹⁰⁾, obligando a los Estados a cumplirlo pues su membresía a la comunidad internacional depende de respetar aquellos principios del Derecho Internacional que han sido reconocido como tales⁽¹¹¹⁾. Así, en caso de colisión o duda sobre la aplicación de estos derechos humanos, se debe optar por la norma o interpretación más favorable a la persona.

En este sentido, la discriminación puede desplegarse en su forma *directa* o *indirecta*. La primera hace referencia a aquella situación donde la persona o grupo recibe un trato diferenciado injustificado, propio de categorías sospechosas. En cambio, la indirecta refiere a una diferenciación en el trato cuya causa aparenta neutralidad, pero sus efectos impactan perjudicialmente e infundadamente sobre los miembros de un grupo protegido por una cláusula antidiscriminación⁽¹¹²⁾.

Ahora bien, ¿cuál es la razón para combatir las desigualdades de género? Además de las razones axiológicas, existen conveniencias políticas repuestas en el principio de igual e inviolable dignidad de la persona humana. Su centralidad jurídica es apelada en los distintos textos constitucionales y convencionales, así como en las decisiones jurisprudenciales nacionales e internacionales. Es absoluta la coincidencia de enfrentar la exclusión social, la cultura del desprecio, los fundamentalismos y la cosificación de la persona humana. Se presenta como un principio y como un fin en sí mismo, y las personas humanas no son medios, sino sujetos y nunca objetos. La doctrina de la CSJN lo ratifica en el caso “Aquino” (Fallos 327:3753). Ello coloca

(107) https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

(108) Cfr. L. PICÓN, “Medidas de prevención de la violencia de género en el ámbito laboral”, Tratado de..., *op. cit.*, 383.

(109) V. fallo “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, voto del Dr. Cançado Trindade.

(110) V. OC-18/03 CorteIDH, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, 17-09-2003.

(111) Cfr. C. ARESE, Teoría de los derechos humanos laborales, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, 48.

(112) Cfr. A. ALFIE, “La discriminación indirecta”, Revista de Derecho Laboral 2019-1: igualdad de oportunidades y de trato, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, 295.

a la dignidad como una *guía insoslayable* para la interpretación del derecho, una cualidad inherente y propia del ser humano, preexistente a todo (Fallos: 315:1492). Su fundamento apela a necesidades antropológicas, filosóficas y teológicas, y su contenido es integrado por conocimientos de otros saberes. De modo que su tutela se tensiona en la organización social, apareciendo la visión del *personalismo solidario*⁽¹¹³⁾ como una instancia superadora de la ética individualista, a favor del disfrute de todos los bienes humanos generados por y para la sociedad⁽¹¹⁴⁾. Este es el cambio del imaginario social requerido para una sociedad más libre, justa e igualitaria.

No existen distintas calidades de seres humanos, por el contrario, ello arriesgaría a la prevalencia de unas personas sobre otras, evitando un camino servil. Por lo tanto, no es ni más ni menos que el “personalismo ontológico” en cuanto interpreta que lo biológico humano y lo personal, son inseparables⁽¹¹⁵⁾.

En definitiva, la igualdad y no discriminación está presente en los textos constitucionales y convencionales como el *ius cogens*, y la doctrina jurídica argentina. Empero, la ambigüedad de su noción expuso una tardía recepción de nuestros tribunales para combatir las desigualdades de género. Es por ello que seguidamente se hablará sobre el curso de acción de las políticas públicas tendientes a solucionar las desigualdades de género.

(113) Cfr. A. SANTIAGO (h), Estudios de derecho constitucional: aportes para una visión personalista del derecho constitucional, 1º. Ed., Marcial Pons, CABA, 2017, 91.

(114) Cfr. ídem, 15-34.

(115) Cfr. R. VIGO, La interpretación ..., *op. cit.*, 79-80.

CAPÍTULO 9

POLÍTICAS PÚBLICAS COMO RESPUESTA A UNA NECESIDAD CONCRETA⁽¹¹⁶⁾

Las políticas públicas denotan el accionar del gobierno hacia la solución de demandas sociales concretas. Anteriormente, se señaló la conveniencia política de combatir la desigualdad de géneros y procurar la acción de la comunidad política en su conjunto para la realización del disfrute de todos los bienes públicos para todos sus miembros.

En este camino, la incorporación de la progresividad en la Constitución (conf. art. 75 inc.19) justifica la intervención estatal para dirigir la actividad económica y social, en favor de garantizar un mínimo de condiciones socioeconómicas a la población⁽¹¹⁷⁾. Normativamente, Argentina prevé dos normas internacionales de jerarquía constitucional: el art. 1.4 de la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación Racial; y el art. 4.1 de la CEDAW, reglamentado por el art. 7.b) de la ley 26.485. Ambas normas reglan acciones afirmativas para eliminar la discriminación.

La doctrina del DIDH junto a las de la CorteIDH y la CSJN han declarado por la presunción de operatividad de los derechos sociales⁽¹¹⁸⁾. Esto impacta sensiblemente en el ordenamiento político-jurídico del Estado, para favorecer a la operatividad de los derechos fundamentales. Así, surgen las acciones positivas para la realización efectiva de la igualdad de género en el trabajo (conf. art. 75 inc. 23).

En este sentido, los objetivos de estas acciones son garantizar, mediante el accionar del Estado, la igualdad de trato real desarticulando los obstáculos culturales que condicionan y niegan la igualdad en los hechos⁽¹¹⁹⁾. Para ello, se legitiman acciones afirmativas tendientes a emplear la *discriminación inversa*, es decir, la adopción de medidas especiales a favor de quienes padecen las condiciones de desigualdad estructural⁽¹²⁰⁾. Dos claros

(116) Sobre la base de A. SANTIAGO (h), Estudios de derecho constitucional: aportes para una visión personalista del derecho constitucional, 1º. Ed., Marcial Pons, CABA, 2017, 113-122.

(117) Cfr. Ídem, 117.

(118) Cfr. Ídem, 127.

(119) Cfr. M. GELLI, Constitución comentada, Tº II, 4º. Ed. 1º reim, La Ley, 2008, 235.

(120) Cfr. A. ALFIE, *op. cit.*, 303-304

ejemplos de discriminación inversa son la doctrina de la CSJN que reconoce la calidad de *sujeto de preferente tutela* (Fallos 327:3677) o la intolerancia hacia la discriminación laboral (Fallos: 333:2306). Esta categoría tutelar se halla reglada en el art. 17 bis de la LCT cuando expresa “Las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación”.

Sin embargo, son insuficientes la sola declaración de medidas de protección para garantizar el disfrute real de los derechos. Además, se requiere de una acción positiva, un hacer efectivo, destinada a facilitar el disfrute tangible de un derecho que no se logra únicamente mediante la promulgación de leyes⁽¹²¹⁾. Así, el art. 7.b) de la ley 26.485 faculta a todos los poderes del Estado, a adoptar medidas necesarias para garantizar la igualdad de trato entre los géneros. Así, se habilita abordar las controversias judiciales con enfoque de género, pues caso contrario la garantía de igualdad y no discriminación quedaría reducida a una expresión de deseo. La ley 27.499 establece la obligatoriedad de los agentes judiciales a capacitarse en la temática de género. De esta forma, los juristas poseen herramientas de interpretación que permitan contemplar los roles, jerarquías, relaciones de poder, papeles estereotipados, la doble verdad, el ser sexual, el ser simbólico, la orientación sexual, las tareas de cuidado; en definitiva, del conjunto de situaciones que provocan desigualdad y afectan a la comunidad⁽¹²²⁾.

El camino adoptado por Argentina está en línea a la doctrina de la CorteIDH en “Campo Algodonero” donde las capacitaciones con perspectiva de género no solo deben proporcionar información sino también la formación necesaria y adecuada de los funcionarios para que reconozcan cómo afectan en las mujeres las ideas y valoraciones estereotipadas (párr. 504)⁽¹²³⁾.

En definitiva, las acciones afirmativas de los poderes del Estado se transforman en herramientas efectivas de gestión estatal de las políticas públicas. La judicatura se encuentra atravesada por la perspectiva de género al momento de resolver una controversia. Así se encuentra habilitada a establecer medidas positivas efectivas tendientes a procurar el disfrute de todos los bienes públicos por parte de los miembros de la comunidad política, en especial, en lo que respecta a la igualdad de trato y de oportunidades de las mujeres en materia laboral.

(121) CNCiv., Sala H, 16/12/2002, “Fundación Mujeres en Igualdad contra Freddo”.

(122) Cfr. G. VÁZQUEZ, “Juzgar con perspectiva de género”, Tratado de..., *op. cit.*, 323-324.

(123) https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf, Accedido: 21/02/2022

CAPÍTULO 10

ANÁLISIS IUSFILOSÓFICO Y APLICABILIDAD DE LAS HERRAMIENTAS OBTENIDAS DE LA MAESTRÍA EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL EN EL CASO JURÍDICO POSTULADO EN EL PRESENTE TRABAJO

En este capítulo describiré las características que definen la teoría jurídica en que se enrola la sentencia. Además, expondré su estructura desde la visión de los planos regulatorio, fáctico, axiológico, lingüístico y lógico aprendidos en la MMDJ.

Tal vez deba explicar el contenido de la decisión del fallo dado que, en toda decisión judicial, el juez debe privilegiar algunas elecciones a los fines de concentrar aquellos argumentos que faciliten la comprensión de la norma jurídica dictada. En esta actividad, se materializa el sacrificio de expresar sintéticamente, todos aquellos elementos de juicio que contempló el juzgador, pero quedaron en su faz interna al construir su decisión.

1. Una sentencia con tinte no positivista de línea neoconstitucionalista

Las herramientas ontológicas, gnoseológicas, lógicas y axiológicas desplegadas en la sentencia avalan de modo contundente la teoría no positivista de línea neoconstitucionalista.

En la sentencia asumo una posición no conflictivista a favor de armonizar los derechos en juego⁽¹²⁴⁾. Así tres ejes –estrechamente relacionados entre sí– sobre los que se asienta la decisión son: 1) el respeto por la dignidad humana, 2) la igualdad de género ínsito en la noción de desarrollo humano, y 3) el derecho de trabajar.

Respecto del primero, se opta por una concepción del “personalismo ontológico” es decir, en la inseparabilidad de lo biológico humano y lo personal. Aquí, todo ser humano tiene una dignidad esencial irrenunciable e inenajenable. Ninguna otra persona puede apropiarse de la dignidad de otro, resultando los derechos humanos “coto vedado” a la voluntad de cualquier otro poderoso y eficaz⁽¹²⁵⁾. La doctrina de la CSJN muestra que la per-

(124) Cfr. F. TOLLER, Interpretación de los derechos constitucionales, en J. RIVERA (h), Tratado de los derechos constitucionales, Abeledo Perrot, Bs. As., 2014.

(125) Cfr. VIGO, La interpretación (argumentación)..., *op. cit.*, 80-81.

sona humana es el eje y centro de todo el sistema jurídico y constituye un fin en sí mismo (Fallos: 323:3229, consid. 15º y su cita.).

Respecto a la igualdad de género, se opta por visibilizar la división sexual del trabajo, haciendo recaer sobre las mujeres las tareas de cuidado y del hogar en desmedro de su desarrollo humano. La falta de mandatos definitivos a favor de la igualdad de trato y oportunidades en el empleo, obstaculiza la plenitud del ser humano para una vida digna, más allá de lo económico. Este escollo presente en el mercado somete a sus reglas y pretensiones, el alcance de los derechos humanos de las mujeres en cuanto a su proyecto de vida (Fallos: 327:3677, consid. 11º). Es necesario recordar la doctrina de la CSJN que niega la condición de mercadería al trabajo humano (Fallos: 290:116, consid. 4.). El mercado de trabajo exige a las mujeres sacrificar su libertad por un proyecto de vida no controlado sino impuesto culturalmente.

Respecto al derecho de trabajo, el Estado de Derecho Constitucional vigente debe explicar, avalar y promover la mayor igualdad social posible. Ello no implica que exista una postura de imponer el deber de contratar en el ámbito privado a una persona⁽¹²⁶⁾ pero sí deben existir mecanismos (acciones positivas) a favor de grupos afectados culturalmente para la pacífica convivencia en una sociedad democrática y republicana.

2. Perfil del juez laboral

La actividad jurisdiccional se ejerce con la finalidad de resolver una controversia (conf. art. 116 de la CN). En el juego de la aceptación y rechazo de la demanda, el juez emerge como un tercero imparcial, un director de la disputa ubicado frente a las partes. Su actuación está fijada en los términos planteados por las partes, en la formulación del *thema decidendum*⁽¹²⁷⁾.

Empero, la operatividad del principio protectorio que impone la tutela del trabajo en sus diversas formas (art. 14 bis de la CN) es posible solamente cuando se despliega en el caso concreto. Para la eficacia de los derechos económicos y sociales, que parten desde una desigualdad apriorística, se requiere que la jurisdicción sea imparcial pero no neutral⁽¹²⁸⁾.

Este rol de no neutral de la juez laboral se ve reforzada por la perspectiva de género hacia el *sujeto de preferente tutela constitucional*. Es decir, no solo el sujeto en situación de trabajo se encuentra *a priori* en desigualdad

(126) Cfr. A. GELLI, Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, 4º ed. ampl. y act., 4º ed. 1º reimp., La Ley, Bs. As., 2008, Tº. 1, 118.

(127) Cfr. E. FERREIRÓS, *Eficacia y garantía jurisdiccional en la defensa de los derechos laborales*, LL, Cita Online, cita:0003/400120.

(128) Cfr. E. FERREIRÓS, La discriminación a la luz de los derechos humanos, LL Online, cita:0003/40253, §VI. E/c, v. M. Ibáñez, El rol del Juez en el Proceso Laboral, en <https://rii.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1252/El%20rol%20del%20Juez%20en%20el%20Proceso%20Laboral.pdf?sequence=1>, Acceso 1/03/2022.

ante el mercado, sino que esa posición es reforzada cuando es una mujer y madre trabajadora. Plenamente, la jurisdicción debe tener en su conciencia este escenario dado que los roles tradicionales asignados a cada sexo en la sociedad y en la familia mantienen un fuerte impacto en las relaciones de trabajo. Esta orientación es necesaria para una aplicación de las normas jurídicas que tutelan la igualdad y la no discriminación en razón del género o sexo⁽¹²⁹⁾.

3. El plano regulatorio aplicado al caso concreto

La preeminencia del EDC en la organización político-jurídica de las sociedades, habilita a los operadores jurídicos a conocer sobre las significancias valorativas de los comportamientos humanos individuales y sociales. Por lo que el positivismo jurídico es superado como “doctrina peligrosa”⁽¹³⁰⁾ por su perspectiva unidimensionalista, por una visión integradora que comprenda la complejidad del mundo jurídico de las relaciones laborales.

Este paradigma permite poner atención a los principios jurídicos como un modo específico de juridizar las conductas humanas, atribuyéndose a estas un determinado status deontológico. Es decir, al momento de juzgarse una conducta, el intérprete tiene acceso a múltiples fuentes que reflejan la correspondencia entre derecho y moral⁽¹³¹⁾.

Ahora bien, dado que los jueces mantienen la discrecionalidad para elegir una de entre todas las respuestas posibles que proporciona el ordenamiento jurídico vigente, el EDC les exige la publicidad de las razones que justifican la elección (conf. art. 3 del CCC). Para ello, el juez utiliza la argumentación jurídica como instrumento de legitimación formal y sustancial.

En lo que aquí importa, el estudio del plano regulatorio remite a las fuentes del derecho⁽¹³²⁾. Sobre todo, este plano se ocupa de las reglas y principios. Las reglas son “mandatos definitivos” que exigen la realización de una conducta determinada; en cambio, los principios son “mandatos de optimización en tanto exigen una realización lo más completa posible, según posibilidades fácticas y jurídicas”⁽¹³³⁾.

(129) Cfr. G. VÁZQUEZ, *Juzgar con perspectiva de género*, Tratado de géneros..., *op. cit.*, 340.

(130) Expresión de A. CALSAMIGLIA en el Prólogo de la obra de R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Planeta Agostini, Barcelona, 1993.

(131) Cfr. R. VIGO, “Problemas y teorías actuales de la interpretación”, *Anales XXXII*, Córdoba, 1993.

(132) V. más en J. CUETO RÚA, *Las fuentes del derecho*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1978; L. ASEFF, *Las fuentes del Derecho Laboral*, Juris, Rosario, 2018.

(133) Según Alexy en R. VIGO, *La interpretación (argumentación)*..., *op. cit.*, 302.

4. La constitucionalización del derecho privado

El principio de igualdad y prohibición de toda discriminación (art. 16 CN), desde su origen fue reafirmado y promovido por el *bloque de constitucionalidad federal* (art. 75 inc. 22). El reconocimiento imperativo de este principio constituye una obligación *erga omnes* de protección para todos los Estados y los particulares, colocando en cabeza de los poderes estatales la implementación de acciones positivas para combatir dicha discriminación. Claros ejemplos son las leyes 23.592 y 26.485.

La recepción de los postulados neoconstitucionalistas en los arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial argentino constituye una consecuencia inevitable del proceso de evolución jurídica comenzado por la doctrina de la CSJN (Fallos: 315:1495) y por la última reforma constitucional. Ello implica que las respuestas jurídicas deben adecuarse a un nuevo modo de organizar el funcionamiento de las fuentes de nuestro sistema jurídico, sin que implique la pérdida de la función reguladora de la ley. Así, la regulación de las conductas humanas con los valores, no sólo apela a las reglas y principios sino también a valores humanos. Finalmente, ninguna conducta puede ser interpretada por medio de una norma aislada en el sistema jurídico, sino que debe ser siempre integrada con todo el ordenamiento jurídico⁽¹³⁴⁾.

5. Los principios jurídicos laborales y su necesaria operatividad

Los principios fundamentales del derecho laboral salvaguardan la dignidad de la persona en situación de trabajo, evitando abusos del mercado y aspirando a la unidad sistemática y orientativa de las decisiones del intérprete y legislador. En la presente decisión judicial están a disposición las fuentes internacionales que reconocen derechos fundamentales de los trabajadores en clave de principio jurídico.

Temporalmente, primero está la materia la *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales* en 1948 que estableció en su art. 2, como principio general, la dignidad del trabajador y de sus condiciones laborales.

Luego, la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* reconoce la libertad de elección de trabajo, derecho al trabajo y a las oportunidades de empleo y derecho al salario (art. XIV). La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* dispuso la garantía de protección contra el desempleo (art. 23).

La *Convención Sobre Eliminación De Todas Formas De Discriminación Contra La Mujer* –CEDAW– sancionada por la Ley 23.179, y su adhesión al Protocolo facultativo conforme la Ley 26.171, exhortó adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en materia de acceso al empleo (v. consid. 6).

(134) Cfr. R. VIGO, “Problemas y teorías...”, *op. cit.*, §III.

El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* –PIDESC– y el de *Derechos Civiles y Políticos* –PIDCP–, y el Protocolo facultativo del PIDCP, sancionada por la ley 23.313. El art. 7 del PIDESC dispuso que los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: [...] c. igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad”. En cambio, el art. 26 del PIDCP estableció como el principio de igualdad y no discriminación.

La reforma constitucional citada incorporó dentro de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional a las declaraciones, convenciones, pactos y protocolos antes mencionados.

El Protocolo adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue sancionado por la ley 24.658. Aquí se reconoce: “[...] el derecho del trabajador [y trabajadora] a la promoción o ascenso dentro de su trabajo para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio”.

Dentro del proceso de integración regional del *Tratado de Asunción* para la constitución de un Mercado Común de 1991, la *Declaración Sociolaboral del Mercosur* de 1998 avanzó en el desarrollo de una integración no solo desde una dimensión comercial sino también social. Aquí, existe un compromiso de la vigencia del principio de no discriminación. En particular, consiste en realización de acciones destinadas a eliminar la discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo. También, existe una obligación “a garantizar, a través de la normativa y prácticas laborales, la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres” (v. consid. 4º).

En el ámbito de la OIT, la Argentina incorpora la *Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo* de 1998, y estableció entre sus cuatro principios: “...la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”. Así, los convenios 100 y 111 son considerados fundamentales para la OIT a los fines de interpretar los alcances de este principio. Primero, en el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración se indica que el Estado “1. [...] deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”. A su vez, el art. 3 dispone: “1. Se deberán adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que éste entrañe, cuando la índole de dichas medidas facilite la aplicación del presente Convenio” (v. consid. 10).

Segundo, en el Convenio 111 se entiende como discriminación “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de (...) sexo (...)

que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. Además, su art. 1 define empleo y ocupación “3. [...] incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo”. Finalmente, el art. 2 dispuso “Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto” (ídem)

El Convenio 156 sobre igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadoras y trabajadores con relación a los trabajadores con responsabilidades familiares. Aquí se presenta el derecho de igualdad y no discriminación para ambos sexos a los fines que puedan elegir libremente su empleo y considerando sus necesidades en lo concerniente al empleo y medios de seguridad social (v. consid. 9º).

El Convenio 190 sobre la violencia y el acoso en el ámbito laboral de 2019 entró en vigencia a partir de la Ley 27.580. Aquí se observa que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo libre puede constituir una violación o un abuso de los derechos humanos. Así, respalda sus fundamentos en los instrumentos internacionales antes citados y la necesidad de la erradicación de estos hechos como amenaza a la igualdad de oportunidades de acceder al mercado de trabajo, permanecer en él o progresar profesionalmente (v. consid. 11º).

Ya en el ámbito interno, se activa la regla del art. 11 LCT que habilita la posibilidad de recurrir a la analogía de las leyes para la integración del caso. La analogía se utiliza en la fijación de la indemnización agravada por despido discriminatorio (v. consid. 19º).

Además, hay otros principios que integran la decisión judicial. Primero, el principio de la primacía de la realidad (conf. art. 13 LCT) que revela la verdadera sustancia de una relación independientemente de las apariencias que las partes les hayan dado⁽¹³⁵⁾. Aquí se prescinde de la apariencia de legalidad formal de la elección del trabajador varón para revelar una situación de discriminación laboral hacia la trabajadora (v. consid. 16º). Segundo, el principio de la buena fe, es decir, lo que se espera de cada una de las partes que actué como un buen trabajador y un buen empleador. Un principio que informa a todo el ordenamiento normativo y aplicable en la totalidad de la regulación de la ética de la conducta⁽¹³⁶⁾. Aquí, la buena fe estuvo ausente cuando el empleador no fundamenta con suficiencia sobre la objetividad de la promoción del trabajador varón al puesto gerencial, y el ocultamiento

(135) Cfr. J. DE DIEGO, Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 7º. ed. 2º. reimp., Bs. As., La Ley, 2008, 113.

(136) CNAT, Sala X, 25/08/1999, “Olivi, Jesús c/ S.K.F. Argentina SA”, TySS, 2000, 133.

de la opinión discriminatoria de la consultora sobre la no elección de la trabajadora (v. consid. 16º). Tercero, el principio de no discriminación se exterioriza como mandatos de optimización propios del derecho laboral en los arts. 17, 17 bis y 81 LCT (v. consid. 16º). Cuarto, el principio *in dubio pro operari* (conf. art. 9 LCT) se activa cuando la sana crítica y las máximas de la experiencia tamizan la conducta del empleador por la no elección de la trabajadora mujer y madre (v. consid. 15º). Quinto, el principio de equidad (art. 11 LCT) según el cual, el juez puede aplicar la justicia en el caso concreto, atemperando el rigorismo legal en la carga de la prueba (v. consid. 7º). Pues se está ante un caso donde la situación merece la atención de los elementos subjetivos con el propósito de humanizar y corregir el resultado hacia una solución más justa. El principio de justicia social (conf. art. 11 LCT) “implica dar a cada uno lo suyo en función de procurar con ello el bien común y el bienestar general”⁽¹³⁷⁾. El intérprete debe recurrir al valor humanidad ordenando la actividad intersubjetiva de las personas en comunidad para que todos y cada uno de ellas participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización (v. consid. 3º). El objetivo preeminente de la Constitución es lograr el bienestar general, es decir, la justicia en su más alta expresión, la justicia social (Fallos: 289:430).

6. Las reglas laborales

En orden interno, la Ley 23.592, adoptó medidas contra actos discriminatorios. En el art. 1 dispone: “será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”. Si bien, es una norma no laboral, los tribunales la aplicó para la resolución de casos de discriminación laboral (consider. 5º).

Luego, la Ley 26.485, de carácter de orden público de sus disposiciones, regula un sistema de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. En el art. 2 se dispuso que entre sus fines “a) La eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida”. Además, en el art. 4 definió los tipos de violencia contra las mujeres. Dentro de los tipos de violencia contra la mujer cabe resaltar la dispuesta por el art. 5 que expresa: “5. Simbólica: La que, a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad” (v. consid. 15º). Especialmente, en el art. 6 se comprenden las formas en que se manifiesta la “violencia laboral” contra las mujeres (v. consid. 6º).

La LCT prevé el principio de no discriminación y de igualdad de trato en sus arts. 17, 17 bis y 81 (v. consid. 16º). Además, medidas especiales de

(137) J. DE DIEGO, *op. cit.*, 116.

protección de la maternidad, del matrimonio y del trabajo infantil y adolescente (conf. arts. 177-195) (v. consid. 19º).

7. Análisis del plano fáctico de la casuística propuesta

Los hechos presentados en la demanda constituyen el tema de decisión judicial. Cualquier desviación judicial hace pasible de nulidad a la sentencia, pues afecta el principio de congruencia. Hoy el juez, dentro del marco del Estado de Derecho Constitucional, realiza una descripción de los hechos y para ello requiere de una apertura hacia saberes no jurídicos que van más allá del conocimiento proporcionado por los peritos. La verdad real debe acompañar a la procesal como condición de la justicia⁽¹³⁸⁾. Aquí se presenta el momento de mayor de discrecionalidad judicial, es decir, el momento de la fijación de los hechos.

El principio de la primacía de la realidad impone a los jueces laborales el deber de analizar lo que sucede en el plano fáctico concreto, desde un enfoque amplio, teniendo en consideración las cuestiones sociales, culturales, económicas, psicológicas, antropológicas, científicas y jurídicas. Por lo tanto, los datos empíricos sirven para acortar la brecha que los distancia entre la apariencia y la realidad.

Los hechos de relevancia jurídica requieren de valoraciones, pero además hay hechos que exigen ser conocidos directamente como valorativos (por ej. daño grave, convivencia intolerable, etc.). De este modo, las valoraciones de los hechos suponen la posibilidad de su justificación racional reforzadas por la prueba que las soportan. Es por ello, que el hecho implicado en un litigio es “construido” y, para ello, el proceso presenta elementos característicos (presunciones, carga de la prueba, etc.), que cumplen un papel definitivo en la razonabilidad de la decisión. Es importante en orden a la prueba del hecho, reconocer sus diferentes tipos: principal o secundario, relevante o irrelevante, complejo o simple, colectivo o individual, etc., como así también la eficacia probatoria de los diversos medios⁽¹³⁹⁾.

En el fallo, los hechos principales se encuentran expresados y probados en el considerando 16º. Aquí, se argumenta que el acto discriminatorio y violencia de género de parte de la consultora demandada surge de una prueba directa (correo electrónico de autoría del demandado). En cambio, hay inferencia hacia la demostración del trato desigual y violento del empleador, pues no hay una manifestación de la voluntad expresa. Pero si hay pruebas indirectas que permiten la construcción de una hipótesis. Ellas se basan en las conductas asumidas fuera y dentro del proceso como de las conductas esperadas por aquél (máximas de la experiencia, buena fe, mejor posición para demostrar y justificar, responsabilidad por contratación de la consultora, etc).

(138) Cfr. R. VIGO, ¿Deben los jueces saber filosofía?, LL 2009-E, 1326.

(139) Cfr. R. VIGO, La interpretación (argumentación)..., op. cit., 182-183.

8. El plano axiológico

El juez tiene la tarea de realizar la justicia (Mac Cormick). Lo justo es un valor inabarcable y consiste en la mejor posibilidad contenida en una situación coexistencial dada (Cossio). Cuando hay un mandato jurídico se está reconociendo que algo es axiológicamente bueno o malo (Kalinowski). El saber jurídico reclama practicidad para los casos concretos, por lo que requiere de las ponderaciones de argumentos y las excepciones para definir las posibilidades de una certeza práctica y no teórica (Vigo). No se está de acuerdo en avanzar en una posición de derechos fundamentales sin metafísica (Alexy). Por lo que todo conocimiento del derecho es una permanente remisión a la idea de que tras todo principio jurídico existe un valor humano. Así, se presenta a la igualdad, a la libertad (v. consid. 2º, 8º, 13º, 14º), a la equidad (v. consid. 1º y 7º), a la dignidad humana (v. consid. 8º, 19º) y a la seguridad jurídica (v. consid. 2º). Cuestiones éticas vinculado al compromiso de las empresas consultoras hacia el respeto de la igualdad y no discriminación por razones de género (v. cons. 18º).

Afirmar que los derechos fundamentales mantienen contenido metafísico es remitir a la idea de que tras todo principio jurídico existe un valor humano. Así, en la decisión judicial se afirma la existencia de los derechos fundamentales a la igualdad, a la libertad (v. consid. 2º, 8º, 13º, 14º), a la equidad (v. consid. 1º y 7º), a la dignidad humana (v. consid. 8º, 19º) y a la seguridad jurídica (v. consid. 2º).

9. El plano lingüístico analizado

La lógica formal sigue valiendo como estructura de razonamiento dado que se razona por silogismos. La tarea de argumentar contiene un enunciado que requiere ser respaldado por el lenguaje. Sin embargo, el giro vivenciado ante los cambios en las convenciones lingüísticas, impacta en los conceptos y modos para hablar de las cosas. No puede desconocer las dificultades asociadas en el terreno semántico, sintáctico y pragmático. De esa manera, el lenguaje utilizado puede ser el ordinario o corriente, el científico jurídico, o el lenguaje juridizado⁽¹⁴⁰⁾.

La realidad jurídica de los derechos fundamentales demuestra que cabe asumir un sistema jurídico más abierto, dinámico, poroso, causídico y principialista. Así la respuesta jurídica necesita la construcción del enunciado normativo de la ponderación para subsumir el problema y aportar una solución.

(140) Cfr. R. VIGO, Argumentación constitucional, LL online, Cita:0003/014609, XIV.

En el fallo muestra la construcción de los silogismos sobre la base de la definición de varios factores que los integran. Primero, las nociones de discriminación y discriminación inversa (v. considerandos 3º y 8º, respectivamente). Segundo, el techo de cristal como fenómeno social (v. consid. 3º). Tercero, los términos sexo y género (v. consid. 5º). Cuarto, la violencia laboral como conducta tipificada (v. 6º). Quinto, las tareas de cuidado (v. consid. 4º).

10. El plano lógico formal en el esbozo de la sentencia

La argumentación jurídica consiste en tres pasos: primero, un problema en torno a cuál es la conducta jurídica para seguir; segundo, el diálogo de las posiciones enfrentadas que proponen respuestas jurídicas contradictorias; tercero, los argumentos a favor de alguna respuesta posiblemente jurídica y contraargumentos que resta justificación a otras alternativas.

Tipos de argumentos utilizados en la decisión judicial:

1) Normativo: en el fallo se apela a autoridad de la norma jurídica en varios considerandos 8º, 9º, 10º, 11º, 16º, 19º y 21º.

2) Principialista: existen justificaciones a partir de la invocación de principios jurídicos en los considerandos: 12º (razonabilidad), 14º-15º (igualdad y no discriminación), 15º (buena fe), 7º (equidad), 16º (protectorio).

3) Consecuencialistas: se muestra una conducta especulativa de la actora a la hora de cuantificar su indemnización por despido discriminatorio. Pues se argumenta que en nuestro derecho no existe estabilidad absoluta en el empleo privado. Esta consecuencia es de orden económico dado que puede afectar al mercado. También la inversión de la carga de prueba muestra una solución cultural a las dificultades reales de demostración de la existencia de la discriminación (v. consid. 19º y 15º).

4) Axiológico: me remito al plano axiológico.

5) Lingüísticos: utilización de lenguaje claro y simple.

6) Analógicos: la regla del art. 11 LCT habilita al juez a utilizar la analogía para la integración del derecho vigente. En la decisión, la fijación de la indemnización por daños y perjuicios por discriminación y violencia de género en el ámbito laboral, se hace por medio a la analogía (v. consid. 19º).

7) Jurisprudencial; se utiliza la doctrina de la CSJN (Pellicori, Álvarez, De Luca, entre otros) y de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil (Fundación mujeres en Igualdad).

8) Apagógico: este argumento repele la admisión de lo absurdo como justo. Aquí quien tiene que demostrar la situación de igualdad es el empleador, pues se encuentra en mejor posición para ello.

9) Jerarquía: reconocimiento de normas de jerarquía superior (v. consid. 8º, 16º).

10) Sociológico: los fenómenos sociales que parten de la división sexual del trabajo, se despliegan en el techo de cristal y las tareas de cuidado (v. consid. 3º y 4º). Se muestra como fenómeno social las políticas empresarias adoptadas por el mercado de consultoras de Recursos Humanos (v. consid. 18º).

11) Lógico: se expresa la inducción como regla lógica de que, si la consultora remitió el mail de contenido discriminatorio, el mismo responde a la cultura estereotipada sobre la mujer y la asunción de las tareas de cuidado (v. consid. 15º).

12) Retórico: se refiere a la sospecha de la elección del trabajador varón con antigüedad menor (v. consid. 16º), sumada a la prueba pericial informática y el silencio de la empleadora sobre la cuestión (v. consid. 15º).

13) Conceptual o definicional: definiciones realizadas para respaldar los silogismos sexo, género, tareas de cuidados, violencia laboral y desarrollo humano (v. consid. 3º, 4º, 5º y 8º).

14) Científico no jurídico: se propone la solución jurídica mediante aprehensión de la realidad. Siendo la misma muy compleja se requiere de información desde fuera de la ciencia jurídica que permita interpretar la realidad (v. consid. 4º).

15) Comparativo: el respaldo de la jurisprudencia de la Corte de EEUU es planteada a los fines del control judicial de las medidas de discriminación inversa (v. consid. 12º).

16) Doctrina: argumentos a favor del entendimiento del desarrollo humano (v. consid. 8º).

17) Probatorio: argumento basado en las máximas de la experiencia y presunciones (v. consid. 15º y 19º).

CONCLUSIÓN

Esta tesis final trata de poner de relieve la complejidad que presenta combatir las desigualdades de oportunidades y de trato en el mundo laboral hacia el género femenino. Especialmente, en materia de promoción o ascenso en el empleo y su materialización en el proceso judicial.

En mi opinión, luego de haber abarcado el caso desde las distintas dimensiones de la complejidad jurídica (normalógico, sociológico y dikelógico), entiendo la necesidad de avanzar en políticas públicas que promuevan la igualdad de género en el sector del empleo privado.

Entre las propuestas de cambio auspicio la regulación de licencias parentales que reflejen la equiparación de las tareas de cuidado y del hogar entre los géneros. Además, fomentar la contratación y promoción de las mujeres en actividades “calificadas” para los hombres. También, impulsar en materia de educación formal, la revisión y actualización de los materiales didácticos con la finalidad de eliminar los estereotipos de género y los criterios discriminatorios. Asimismo, apelar en campañas de educación y capacitación comunitaria para informar, concientizar y prevenir la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Si bien es cierto que con leyes no se cambia la realidad, y con esto concluyo, no menos cierto lo es que la realidad necesita de las leyes para superar conflictos y facilitar la cooperación⁽¹⁴¹⁾.

(141) Cfr. C. NINO, Derecho, moral y política, Ariel, Barcelona, 1994, p. 148.

BIBLIOGRAFÍA TRATADA Y CONSULTADA

I. Doctrina

- ACKERMAN, Mario E. y Otros, Tratado de derecho del trabajo, 2ª ed. ampl. y actual., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.
- ALTAMIRA GIGENA, R. y TOSTO, G., Autonomía de la voluntad en las relaciones del trabajo. Justicia social, principio de protección e irrenunciabilidad. Una concepción robusta de los derechos individuales del trabajador de fuente contractual, LL Online, Cita: AR/DOC/7613/2010.
- Álvarez GARDIOL, Ariel, Manual de introducción al derecho, Rosario, Juris, s/f.
- AMBESI, Leonardo, El Derecho del Trabajo en el Estado de Derecho Legal y en el Estado de Derecho Constitucional, tesis doctoral en Derecho, Universidad Austral, 2016.
- ARESE, César, Teoría de los derechos humanos laborales, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2014.
- *Hugo Sinzheimer en la utopía y la tragedia de Weimar*, Revista de Derecho del Trabajo actualidad 2019 N.º Especial, ACKERMAN ...et. al; dirigido por MACHADO, José Daniel, 1ª. Ed. Rev., Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2019.
- ARISTÓTELES, Sobre la generación de los animales (textos de M. BRIODY). --Política, ed. Nacional, Madrid.
- ASEFF, Lucía, Las fuentes del Derecho Laboral, Juris, Rosario, 2018.
- AA.VV., Tratado de Derecho Judicial, La Ley, Bs. As., 2013.
- AA.VV., *Revista de Derecho Laboral 2019-1: igualdad de oportunidades y de trato*, 1ª Ed. Revisada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019.
- AA.VV., Ley de Contrato de Trabajo comentada, RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (Dir.), 2ª ed. Actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.
- AA.VV., Igualdad y discriminación inversa, Cuadernos de filosofía del derecho, Doxa, N.º 19, Alicante, 1996.
- AA.VV., *Tratado de géneros, derechos y justicia*, HERRERA, Marisa, FERNÁNDEZ S. E. y DE LA TORRE, Natalia (dir.), 1º. ed., Sta. Fe., Rubinzal-Culzoni, 2020.

- AA.VV., Cabellos largos e ideas cortas: lo que han dicho algunos filósofos sobre la mujer, SUÁREZ GRANDA, Juan Luis (dir.), Ediciones Akal, 1993.
- AA.VV., Repensar la Justicia en clave feminista: un debate desde la Universidad, HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia (coord.), 1º ed., Editores del Sur, CABA, 2021.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo del padre proveedor y la madre cuidadora*, Revista de derecho, N.º 34, Valparaíso, 2010.
- CIANCIARDO, Juan y TOLLER, Fernando M., Cómo citar en los escritos profesionales y académicos, LL. Online, Cita: AR/DOC/3156/2006.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, Metodología Dikelógica, 2ª ed., Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2007.
- Bases jusfilosóficas del derecho. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1993.
- Filosofía de la Jurisdicción, 1ª ed., Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1998.
- COMISIÓN IDH, El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: la ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, OEA/Ser.L/V/II.143, Doc. 59, 3/11/2011, <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/mujeresdesc2011.pdf>.
- COMITÉ DEL PIDESC, Observación General. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2º, párr. 2º. del PIDESC), 42º. período de sesiones, 2009.
- CONFALONIERI, Juan A. (h), *Prohibición de hacer discriminaciones*, Ley de Contrato de Trabajo, RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (Dir.), Tomo I, La Ley.
- CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO DE LA OIT, *Igualdad en el empleo y la ocupación; estudio general de la comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones...*, Informe III, Ginebra, 1988.
- CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA OIT, Conciliación del trabajo y la vida familiar, vol. GB.312/POL, Ginebra, 2011.
- COSSIO, Carlos, El derecho en el Derecho Judicial, 3ª ed., Abeledo Perrot, Bs. As. 1967.
- La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/doctrina48838.pdf>.
- CUETO RÚA, Julio C., Las fuentes del derecho, Abeledo Perrot, Bs. As., 1978.

- DE BEAUVOIR, Simón, *El segundo sexo*, GARCÍA PUENTE, J. (trad.), Lumen, s/f.
- DE DIEGO, Julián, *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 7º. ed. 2º. reimp., Bs. As., La Ley, 2008,
- DE LA MAZA, Francisco y REDONDO CRISTÓBAL, Mercedes, *La desigualdad vertical por razón de género en la empresa: análisis del “Techo de Cristal” en las empresas malagueñas*, Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga, Málaga, 2013.
- DE MIGUEL, Ana, *Neoliberalismo sexual: el mito de la libre elección*, 14º ed., Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, 2020.
- *Ética para Celia: contra la doble verdad*, 1º ed. 4º reimp., Ediciones B, Barcelona, 2021.
- DE GOUGES, Olympe, *Escritos disidentes, traducción y selección*, PIZARRO DE TRENQUALYE, Juan Pablo, Banda propia, Concón, 2019.
- DÍAZ DE GUIJARRO, Eduardo, *Tratado de derecho de familias*, Tº. I, TEA, Buenos Aires, 1953.
- DISCENZA, Luis A., *La evolución de la Ley Antidiscriminación a través de los fallos*, LL. Online, cita:AR/DOC/3313/2015.
- DOCUMENTOS PAPALES, https://www.vatican.va/offices/papal_docs_list_sp.html.
- ENGELS, Friedrich, *El origen de la familia, la propiedad, y el estado*, 10º. Ed., Claridad, 1974.
- FERREIRÓS, Estela Maris, *La discriminación a la luz de los derechos humanos. La seguridad como principio jurídico base imprescindible para la efectivización de la igualdad*, LL online, cita:0003/402538.
- *La discriminación como forma de violencia y de agravio a la inherente dignidad humana*, LL online, cita:0003/401370.
- *El grupo - la igualdad - la libertad - la discriminación*, LL. Online, cita:0003/40020.
- *El fallo “Álvarez”. Un escenario esclarecedor sobre el tema de la reinstalación*, LL. Online, cita:0003/40260.
- GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *Imbecillitas sexus*, Cuadernos de Historia del Derecho, N.º 20, 2013.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia, *Contratos en general, Incidencias del Código Civil y Comercial*, 1º. Ed., Tº. III., Hammurabi, Buenos Aires, 2015.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, 3º. Ed., Marcial Pons, Madrid, 2010.

- GELLI, Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 4º ed. ampl. y act., 4º ed. 1º reimp., La Ley, Bs. As., 2008.
- GNECCO, Emilio P., *La familia en la vida y en el derecho*, G. de BADENI et al., Anales 2015, 1º. Ed., La Ley, CABA, 2016.
- GUIBOURG, Ricardo, *Igualdad y discriminación*, Doxa, N.º 19, 87-90.
- INDEC, *Mercado de trabajo: Tasas e indicadores socioeconómicos (EPH) Tercer trimestre de 2021*, Informes técnicos, Vol. 5, en https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/mercado_trabajo_eph_3trim21DE3A5603AD.pdf.
- MACHADO NETO, Antonio, *Fundamentación egológica de la teoría general del derecho*, MANZANARES, J. (trad.), Eudeba, Bs. As., 1974.
- MACKINNON, Catharine, *Integrando el feminismo en la educación práctica*, Revista Academia, año 3, N.º 6.
- MATA GREENWOOD, Adriana, *Incorporación de las cuestiones de género a las estadísticas laborales*, Revista Internacional del Trabajo 118, N.º 3, 1999.
- NÚÑEZ PAZ, María Isabel, *Silencio femenino, negación de las emociones y continuidad histórico jurídica de la violencia institucionalizada contra las mujeres*, Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género 2, N.º 1, 2017.
- NINO, Carlos S., *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994.
- PATEMAN, Carole, *El contrato sexual*, FEMENÍAS, María Luisa (Trad.), 1º. ed., Trincheras, 2019.
- OIT, *Las mujeres en la gestión empresarial: argumentos para un cambio*, 1ª ed., Oficina Internacional del Trabajo – OIT, Ginebra, 2019.
- *Panorama Laboral Temático 5: Mujeres en el mundo del trabajo. Retos pendientes hacia una efectiva equidad en América Latina y el Caribe*, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 1º. Ed, Lima, 2019.
- OIT-PNUD, *Trabajo y Familia: Hacia nuevas formas*, 1a. ed., Organización Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Santiago, 2009.
- PÉREZ DEL RÍO, Teresa, *La discriminación por razón de género en el empleo y las condiciones de trabajo*, Gaceta Sindical: Reflexión y Debate, marzo 2005.
- *La conciliación de responsabilidades familiares y profesionales. Especial referencia al régimen jurídico de la protección de la maternidad: perspectivas de futuro*, Gaceta Sindical: Reflexión y Debate, 2006.

PLATÓN, La República.

RADBRUCH, Gustav, Introducción a la Ciencia del Derecho, 1ª. ed., Ediciones Olejnik, Bs. As., s/f.

ROUSSEAU, J. J., Emilio, ó de la educación, J. MARCHENA (trad.), Madrid, 1821.

SAN AGUSTÍN, Obras completas, Ed. Católica, Madrid.

SANTIAGO (h), Alfonso, Bien común y derecho constitucional, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 1998.

— En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho: consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales, 1º ed., Marcial Pons, Bs. As., 2010.

— Estudios de derecho constitucional: aportes para una visión personalista del derecho constitucional, 1º. ed., Marcial Pons, CABA, 2017.

— *El Estado constitucional de derecho. Una aproximación histórica, constitucional y iusfilosófica*, BADENI, Gregorio ...et al., Anales 2017, 1º ed., La Ley, CABA, 2018.

— *El techo ideológico de la Constitución argentina*, en Fuentes del derecho del trabajo, 1º. ed., vol. 1, Astrea, Bs. As., 2012.

SPOTA, Alberto, Contratos, Instituciones de Derecho Civil, Tº. I, Bs. As., Depalma, 1974, 21-38.

STUART MILL, John, El sometimiento de las mujeres, trad. PAREJA, Alejandro, Biblioteca EDAF, Madrid, 2005.

TOLLER, Fernando M., *Interpretación de los derechos constitucionales*, en RIVERA, Julio C. (h): Tratado de los derechos constitucionales, Abeledo Perrot, Bs. As., 2014.

— *La doctrina de los conflictos de derechos frente al principio de no contradicción*, en Argumentación, derechos humanos y justicia, ALEX, Robert, ALONSO, Juan Pablo y RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (coords.), Astrea-AAFD-DPI Cuántico, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2017, 346-403.

VIGO, Rodolfo L., Interpretación Constitucional, 1ª ed., Abeledo Perrot, 1993.

— Interpretación Jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas), 1ª Ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

— La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional, 1ª ed. Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2017.

— *Problemas y teorías actuales de la interpretación*, Anales XXXII, Córdoba, 1993.

- Argumentación constitucional, LL online, Cita:0003/014609.
 - ¿Deben los jueces saber filosofía?, LL 2009-E, 1326.
 - Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional, LL 2010-A, 1165.
- ZAFFARONI, Eugenio, ¿Por qué las mujeres? en J. SPENGER y E. KRAMER; *Maleus Maleficarum*; HERRERA, M., 1º. Ed. ilustrada, Remanso Editor, Rosario, 2021.

2. Legislación

2.1. Internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Arts. 1 a 5 y 26 a 33 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

Arts. 2.1, 3, 14 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo, aprobada por ley 23.313.

Arts. 2.2, 3 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobada por ley 23.313.

Art. 11 de la Convención sobre eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, aprobada por ley 23.179, y a su adhesión al Protocolo facultativo, aprobada por ley 26.171.

Art. 2 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.

Arts. 2, 5 y 12 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Arts. 1, 2.1, 4, 7, 10, 12, 16 y 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Art. 7 de la Convención de Belém do Pará.

Arts. 1 y 3 de la Declaración Sociolaboral del Mercosur.

Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.

Convenios OIT: 100; 111, 156 OIT.

Recomendaciones 90, 111 y 165 OIT.

2.2. Nacional

Arts. 14, 14 bis, 16, 17, 19, 20, 28, 31, 33, 75 incs. 12-18-19-22-23-24, de la Constitución Nacional.

Arts. 17, 62 a 67, 75, 78, 79, 81, 178, 182, 232, 233, 242 y 245 de LCT.

Leyes 23.592 y 26.485.

Arts. 1 a 3, 9, 10, 12, 1725, 1728, 1734 a 1736, 1737 a 1740, 1742, 1747, 1748, 1749 a 1753, 1763 y 1768 del CCC.

3. Jurisprudencia relacionada con la materia

3.1. Internacional

CorteIDH, Opinión Consultiva N.º 24/17.

CorteIDH, 24/2/2012, “Atala Riffo y niñas vs. Chile”.

CorteIDH, 25/11/2006, “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”.

CorteIDH, 06/02/2001, “Ivcher Brostein vs. Perú”.

3.2. Nacional

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)

- 25/2/69, “De Luca, José E. y otro c/ Banco Francés del Río de la Plata”, Fallos 273:87.
- 05/08/1986, “Santa Coloma, Luis Federico y otros”, Fallos: 308:1160
- 24/10/2000, “Campodonico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, Fallos: 323:3229.
- 14/09/2004, “Vizzoti, Carlos c/ AMSA”, Fallos 327:3677.
- 21/09/2004, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA.”, Fallos 327:3753.
- 01/09/2009, “Pérez Aníbal Raúl c/ Disco SA.”, Fallos: 332:2043.
- 7/12/2010, “Álvarez, Maximiliano c/ Cencosud SA.”, Fallos 333:2306.
- 15/11/2011, “Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, Fallos: 334:1387.
- 24-6-2013, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Tadelva SRL.”, Fallos: 320:2326.

Tribunales superiores provinciales y de la Justicia Nacional.

- SCBA, 22/12/2010, “Villalba, Franco Rodrigo c/ The Value Brands Company de Argentina”, L 97804.
- SCBA, 27/08/2014, “Ramírez Hernández, Fabio Francisco y otro c/ Municipalidad de Pilar”, L 114103.
- CNAT, Sala X, 25/08/1999, “Olivi, Jesús c/ S.K.F. Argentina SA.”

- CNAT, Sala IX, 31/05/2005, “Greppi Laura Karina c/ Telefónica de Argentina SA.”
- CNAT, Sala VIII, 17/12/2004, “Caballero Adolfo Oscar c/ Transporte Metropolitano General Roca SA.”
- 30/11/2007, “Cáceres, Orlando Nicolás c/ Hipólito Argentino de Palermo SA.”
- CNAT, Sala V, 14/06/2006, “Parra Vera Máxima c/San Timoteo SA.”
- CNAT, Sala II, 07/07/2005, “Cresta Erica Viviana c/ Arcos Dorados SA.”
- CNAT, Sala II, 11/10/2018, “Borda, Erica c/Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y otros)”.
- CNAT., Sala I, 23/06/2006, “Rodríguez, Carlos Erwin c/Artes Gráficas Rioplatenses SA.”
- CNCiv, Sala H, 16/12/2002, “Fundación Mujeres en Igualdad contra Freddo”.